Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz

Ein Beitrag zu Theorie und Praxis der Grundrechte

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von
Philippe Andrea Mastronardi
von Les Bayards

1978

1977

DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548103_0001

Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz

Ein Beitrag zu Theorie und Praxis der Grundrechte

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von
Philippe Andrea Mastronardi
von Les Bayards

1978

DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Die Rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität Bern hat diese Arbeit am 24. November 1977 auf Antrag von Professor Dr. Jörg Paul Müller als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Veröffentlicht im November 1978
als Band 349 der Schriften zum Öffentlichen Recht
Verlag Duncker & Humblot / Berlin

Für Regula, meine liebe Frau

Vorwort

Wer den Versuch unternimmt, Menschenwürde als Rechtsnorm zu fassen, weckt die unterschiedlichsten Erwartungen. Der Begriff der Würde des Menschen wird in der Alltagssprache und in der Politik, in soziologischem und psychologischem Zusammenhang oder mit philosophischen und religiösen Absichten auf unterschiedlichste Weise gebraucht. Eine rechtswissenschaftliche Untersuchung zur Menschenwürde aber kann nicht all diese Bedeutungen erfassen wollen. Sie muß versuchen, auf eigenem Wege zu ermitteln, was Menschenwürde im Rahmen der Rechtsordnung bedeuten kann, welche normativen Gehalte dieser schillernde Begriff für die Rechtsbeziehungen der Menschen zu einander und zum Staat abzugeben vermag.

Das Vorgehen, das dabei zu wählen ist, könnte an sich ein rechtshistorisches oder ein rechtsphilosophisches sein. Die vorliegende Arbeit verfolgt aber bewußt einen anderen Weg. Menschenwürde wird als offene Norm verstanden, die der Rechtsordnung insgesamt ein Ziel weist und konkrete Anforderungen an die rechtliche Gestaltung des Zusammenlebens der Menschen erhebt. Ihr Verhältnis zu den übrigen Rechtsnormen ist damit wesentlich ein rechtspolitisches. Der rechtshistorische Ansatz aber läuft Gefahr, die Rechtsnorm der Menschenwürde bloß als Reaktion auf Verletzungen der Würde des Menschen in der Vergangenheit zu verstehen und sie auf den Gehalt eines Minimalstandards rechtsstaatlicher Achtung der Person zu beschränken. Der rechtsphilosophische Ansatz hingegen verführt leicht zu utopischen Bildern, von welchen eine Brücke zur konkret geltenden Rechtsordnung kaum mehr geschlagen werden kann. Mit der vorliegenden Arbeit soll versucht werden, beiden Aspekten der Würdenorm Rechnung zu tragen. Der Gehalt der Menschenwürde reicht von individualrechtlichen Minimalansprüchen bis zum programmatischen Leitbild. Das hauptsächliche Interesse gilt dabei dem weiten Feld, das zwischen diesen beiden Extremen liegt: den Grundsatzgehalten, welche dazwischen vermitteln.

Dieser Vielschichtigkeit der Menschenwürde und der Aufgabe, zwischen beiden Extremen zu vermitteln, entspricht der Aufbau der Untersuchung:

Im *ersten Teil* wird versucht, das Vorverständnis vom Leitbild der Menschenwürde zu klären. Hier wird der rechtspolitische Ansatz wis-

senschaftstheoretisch erläutert und der programmatische Gehalt der Menschenwürde umrissen. Es geht um die Frage, wie sich der Jurist an die rationale Erörterung letzter Rechtsfragen heranwagen kann, die die Grenze des positiven Rechts durchbrechen.

Im *zweiten Teil* wird sodann die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts und der politischen Bundesbehörden sowie die Rechtslehre zum Thema Menschenwürde im Lichte des geklärten Vorverständnisses konkret untersucht. Hier findet der Leser die Zusammenstellung des Materials, dessen er zum Verständnis des geltenden Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde in der Schweiz bedarf. Weil dabei dem Grundrechtsverständnis ausschlaggebende Bedeutung zukommt, sind hier auch einige Überlegungen zur Grundrechtstheorie eingefügt.

Im *dritten Teil* wird schließlich der Gehalt des Verfassungsgrundsatzes, wie er in der Schweiz Anerkennung gefunden hat, dem programmatischen Leitbild gegenübergestellt und versucht, Grundsätze zu formulieren, die beim gegebenen Stand der heutigen Gesellschaftsentwicklung das Maß möglicher Verwirklichung von Menschenwürde in der schweizerischen Rechtsordnung ausdrücken. Hier finden sich die rechtspolitischen Postulate, die aus der Sicht des Leitbildes der Menschenwürde gegenüber der Praxis des Bundesgerichts und der politischen Bundesbehörden zu erheben sind.

Die *Leitsätze* am Ende der Arbeit sollen dem eiligen Leser einen knappen Überblick verschaffen und den Einstieg in die einzelnen Problemkreise erleichtern.

Die Arbeit wurde im Jahre 1977 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern als Dissertation angenommen.

Bern, im April 1978

Ph. A. Mastronardi

Inhaltsverzeichnis

1	**Zum programmatischen Gehalt des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde**	17
11	*Die Fragestellung*	17
111	Mensch und Staat	17
112	Das Menschenbild	17
113	Das Problem der empirischen Erkenntnis	18
114	Norm und Wirklichkeit der Menschenwürde	19
115	Der hermeneutische Vorgriff	20
116	Rationalisierung letzter Werte	20
117	Offenlegung des Erkenntnisinteresses	21
12	*Der wissenschaftstheoretische Ansatz*	22
121	Gruppierung der Wissenschaften	22
122	Rechtswissenschaft als handlungsorientierende Wissenschaft	23
123	Die Methode der Rechtswissenschaft	24
123.1	Hermeneutik	24
123.2	Das Vorverständnis	25
123.3	Vorverständnis und Verantwortung	26
123.4	Hermeneutik und juristische Entscheidung	27
123.5	Das rechtliche Verfahren als Sprache	28
123.6	Dialektik im Recht	30
123.7	Recht als Friedensordnung	31
123.71	Der Rechtsweg als Friedensweg?	31
123.72	Der Rechtsweg als echte Konfliktlösung?	33
124	Aufgabe und Stellung des Juristen	34
124.1	Der Jurist als Glied im Prozeß des Rechts	35
124.2	Interesse und politische Verantwortung des Juristen	35
124.3	Forderung nach rationaler Durchleuchtung der zugrunde liegenden Interessen	36
125	Forderung nach Erkenntnis der Grundkonflikte im Rechtsweg	37

13 *Handlungsorientierendes Wissen* ... 37

131 Wertende wissenschaftliche Erkenntnis ... 38

132 Das Modell der „Kritischen Theorie" ... 39
132.1 Bedingungen handlungsorientierender Wissenschaft ... 40
132.2 Hypothetische Natur handlungsorientierender Wissenschaft ... 42
132.3 Kritik des erkenntnisleitenden Interesses ... 44
132.31 Erkenntnisleitende Interessen ... 44
132.32 Das Selbsterhaltungsinteresse ... 45
132.33 Das „emanzipatorische Interesse" ... 45
132.34 Das Interesse an Vernunft — Vernunft als Interesse an Mündigkeit ... 45
132.4 Das Leitbild der Gesellschaft mündiger Menschen ... 46
132.41 Die Gefahr der Ideologisierung ... 48
132.42 Die Analyse vorfindlicher Traditionen ... 48
132.43 Exkurs: Die Verdinglichung menschlicher Beziehungen ... 50
132.44 Das historisch mögliche Maß der Verwirklichung von Mündigkeit 51
132.45 Historisch überflüssige Herrschafts- und Gewaltverhältnisse ... 51
132.5 *Zusammenfassung:* Das wissenschaftstheoretische Konzept der kritischen Theorie in einfachen Worten ... 53
132.51 Das Vorverständnis als erster Entwurf von Verständnis ... 53
132.52 Die Lebensbedingungen der Gesellschaft ... 54
132.53 Das Ziel der Gesellschaft freier, mündiger Menschen ... 54
132.54 Das Maß möglicher Freisetzung ... 55
132.55 Die kritische Theorie als handlungsorientierende Hypothese ... 56

14 *Der Leitsatz der Menschenwürde* ... 56

141 Übertragbare Ergebnisse der kritischen Theorie ... 56
141.1 Methodische Anleitung ... 56
141.11 Der Einbezug des Juristen in den Prozeß des Rechts ... 57
141.12 Die Analogie zur juristischen Methode der Konkretisierung ... 57
141.13 Beizug der kritischen Theorie für die Bestimmung des programmatischen Gehalts des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde ... 59
141.14 Beizug der kritischen Theorie für die Bestimmung des Maßes möglicher Verwirklichung von Menschenwürde ... 60
141.2 Materielle Aussagen ... 60
141.21 Das Menschenbild ... 61
141.22 Kriterien für das Maß möglicher Menschenwürde ... 61

142 *Ergebnis:* Eine erste Umschreibung des Grundsatzes der Menschenwürde ... 62
142.1 Das Menschenbild ... 62

142.2 Menschenwürde als Aufgabe 62
142.3 Die Teilaufgabe von Staat und Recht 62
142.4 Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde 63
142.5 Der Stellenwert dieser Zielbestimmung 64

2 Praxis und Lehre zur Menschenwürde 65

21 *Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts* 65

211 Ausdrückliche Berufung auf den Grundsatz 65

212 Menschenwürde als Staatsaufgabe 65

213 Der Gehalt des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde 66

214 Der Schutz der Menschenwürde durch das Grundrecht der persönlichen Freiheit 73

215 Der Schutz der Menschenwürde durch die unverzichtbaren und unverjährbaren Rechte 75

216 Der Schutz der Menschenwürde durch Art. 4 BV 77

217 Persönlichkeitsbezogene Verfassungsgrundsätze 81

22 *Zum Grundrechtsverständnis des Bundesgerichts* 85

221 Der Schutz des Bürgers durch die Grundrechte 86
221.1 Geschützte Entfaltungsbereiche 86
221.2 Abwehr staatlicher Eingriffe 87
221.3 Leistungspflichten des Staates? 88
221.4 Schutzwirkung der Grundrechte als Bestandesgarantie 92
221.5 Schutzwirkung von Institutsgarantie und Wesenskern 95

222 Das Verhältnis der Grundrechte zueinander 98
222.1 Isolierende Betrachtungsweise 98
222.2 Ansätze ganzheitlicher Betrachtungsweise 100
222.3 Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 104
222.4 Der Grundsatz der Rechtsgüterabwägung 106

223 Zum Verhältnis von Grundrecht und Verfassungsgrundsatz 111

224 Die Stellung der Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung .. 114
224.1 Zur Drittwirkung der Grundrechte 114
224.2 Zur verfassungskonformen Gesetzesauslegung 118
224.3 Die Grundrechte als Prinzipien der Rechtsfindung 121
224.4 *Zusammenfassung* 122

225 Die Grenzen der Prüfungsbefugnisse des Bundesgerichts 123
225.1 Das Fehlen der Verfassungsgerichtsbarkeit im Bunde 124
225.2 Verfahrensrechtliche Schranken: Die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde 124
225.3 Das Beispiel der Legitimation des Ausländers 126
225.4 Formelle und materielle Willkür 128
225.5 Die Kognition des Bundesgerichts 130

226 *Zusammenfassung* 133

23 *Grundrechtstheorie und juristische Methodik* 136

231 Ein Vorschlag zur Grundrechtstheorie 136
231.1 Drei Funktionen der Menschenwürde 136
231.2 Ansätze zu einer Stufenlehre in der Grundrechtstheorie 138
231.3 Die Konkretisierungsgrade der Norm 142
231.4 Die Unbestimmtheitsrelation der Norm 143
231.5 Grenzen der Grundrechtstheorie 145

232 Juristische Methodik 146

233 Lösungsvorschläge zu einzelnen Problemen der Grundrechtstheorie 150
233.1 Die Überwindung der reinen Abwehrfunktion und der Isolierung der Grundrechte 151
233.2 Verhältnismäßigkeit als umfassende Rechtsgüterabwägung 152
233.3 Praktische Konkordanz als systematische Konkretisierung 153
233.4 Drittwirkung und verfassungskonforme Interpretation 155
233.5 Grundrecht und Verfassungsgrundsatz 160
233.6 Institutionelles Rechtsdenken 163
233.7 Kern und Wesensgehalt der Grundrechte 166
233.8 Relativierung der Streitpositionen 168

24 *Zusammenfassung: Deutung und Kritik der Praxis zur Menschenwürde* 169

241 Gehalt und Wirkung der Menschenwürde vor Bundesgericht 169
241.1 Der materielle Gehalt 169
241.2 Die Wirkungsweise 172
241.3 Exkurs: Vier Orientierungsrichtungen der Grundrechte 174

242 Kritik der Praxis zur Menschenwürde 175
242.1 Grundsätzliches 175
242.2 Menschenwürde und Artikel 4 BV 176
242.3 Einzelne Bemerkungen 178

25 *Andere Rechtsquellen zur Menschenwürde* 182

251 Die Richtlinien der Regierungspolitik 183

252 Zum Grundrechtsverständnis des Bundesrates: Recht auf Ausbildung, Radio- und Fernsehfreiheit 188

253 Ausgewählte Bereiche der Gesetzgebung 193

253.1 Persönlichkeitsschutz 193

253.2 Arbeitsrecht und Mitbestimmung 196

253.3 Mißbrauchsgesetzgebung 198

253.4 Sozialversicherung 200

253.5 Schutz des Menschen und seiner Umwelt 201

253.6 Ausländerpolitik 203

253.7 Entwicklungshilfe 205

254 *Zusammenfassung* 207

255 Exkurs: Die Europäische Menschenrechtskonvention 208

26 *Die Menschenwürde in der Rechtslehre* 214

261 Allgemeine Problemstellung 214

262 Zur schweizerischen Literatur 216

263 Zu Artikel 1 Absatz 1 des Bonner Grundgesetzes 221

264 Versuche theoretischer Bewältigung des Würde-Konzeptes 226

264.1 Werner Maihofer: Personalität und Solidarität 226

264.2 Niklas Luhmann und Bernhard Giese: Selbstdarstellung und Fairness 230

265 Probleme der Rechtsverwirklichung von Menschenwürde 232

265.1 Vorfragen zum Rechtschutz von Menschenwürde 232

265.2 Menschenwürde vor Gericht 235

265.3 Menschenwürde als Partizipationsanspruch 239

265.4 Menschenwürde und Demokratie 242

265.5 Menschenwürde und Persönlichkeitsschutz 243

265.6 Menschenwürde als Sozialrecht 246

265.7 Menschenwürde und Rechtsgleichheit 250

265.8 Die Würde der Gesellschaft 252

265.9 Ausblick 255

3 Kritische Wertung von Praxis und Lehre zur Menschenwürde anhand ihres Programmgehalts 257

31 *Der Gehalt der Menschenwürde in Praxis und Lehre (Zusammenfassung der Ergebnisse des zweiten Teils)* 257

311 Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts 257
311.1 Rechtsansprüche aus der Menschenwürde 258
311.2 Der Gehalt des Verfassungsgrundsatzes 258

312 Die Praxis der politischen Bundesbehörden 259

313 Der Gehalt der Menschenwürde in der rechtswissenschaftlichen Lehre 260

32 *Würdigung des geltenden Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde aus der Sicht des Leitbildes* 261

321 Gesellschaftliche Interessen, die mit der Menschenwürde in Konflikt stehen 261

322 Überflüssige Hindernisse bei der Verwirklichung von Menschenwürde 268

323 Mängel der heutigen Praxis zur Menschenwürde 269
323.1 Zur Praxis des Bundesgerichts 270
323.2 Zur Praxis der politischen Bundesbehörden 272
323.3 *Zusammenfassung* 274

33 *Das heute mögliche Maß von Menschenwürde* 275

331 Die Konkretisierung des Leitbildes 275

332 Die Grundsatzgehalte der Menschenwürde 277
332.1 Persönliche Freiheit als Selbstbestimmungs- und Teilnahmerecht 277
332.2 Persönliche Sicherheit: der öffentlich-rechtliche Persönlichkeitsschutz 281
332.3 Die Gleichheit in der Würde 284
332.4 Die Würde der Gesellschaft 287

34 *Richtlinien für die Entscheidung im Einzelfall* 288

341 Richtlinien für die Gesetzgebung 289

342 Richtlinien für die Rechtsprechung 296

Leitsätze 307

Literaturverzeichnis 322

Sachregister 328

Abkürzungsverzeichnis

ANAG	=	BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer
Amtl. Bull NR	=	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat
AöR	=	Archiv des öffentlichen Rechts
AS	=	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen
BBl	=	Bundesblatt
BG	=	Bundesgesetz
BGE	=	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGG	=	Bonner Grundgesetz
BGHZ	=	Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BV	=	Bundesverfassung
BVerfGE	=	Entscheidungen des (deutschen) Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	=	Entscheidungen des (deutschen) Bundesverwaltungsgerichts
Diss. jur.	=	Juristische Dissertation
E.	=	Erwägung
EMRK	=	Europäische Menschenrechtskonvention
Erl.	=	Erläuterung
ETH	=	Eidgenössische Technische Hochschule
GG	=	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GVG	=	Geschäftsverkehrsgesetz
KG	=	Kartellgesetz
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
OG	=	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege
OR	=	Schweizerisches Obligationenrecht
SJZ	=	Schweizerische Juristenzeitung
SR	=	Systematische Rechtssammlung (systematische Sammlung des Bundesrechts)
StGB	=	Strafgesetzbuch
VVDStRL	=	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WuR	=	Wirtschaft und Recht
ZbJV	=	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	=	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZGB	=	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZSR NF	=	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Neue Folge)

1 Zum programmatischen Gehalt des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde

11 Die Fragestellung

Eine Durchsicht der Urteile des Schweizerischen Bundesgerichts ergibt, daß der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz anerkannt ist. Was bedeutet diese Anerkennung? Was heißt Menschenwürde, zumal heute in der Schweiz? Welchen Einfluß auf Gesetzgebung und Rechtsprechung kann ein Verfassungsgrundsatz, der die Menschenwürde anruft, ausüben?

Von solchen Fragen geht die vorliegende Arbeit aus. Dabei wird nicht verkannt, daß die Frage nach dem Gehalt und der Wirkung der Menschenwürde rechtspolitischer Natur ist, also in den Kreis jener Probleme fällt, die die Beziehung von Recht und Politik betreffen: Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde enthält eine rechtliche Maxime staatlichen Handelns, eine rechtlich gefaßte politische Ausrichtung des Staates. Der Grundsatz der Menschenwürde soll Politik letztlich rechtlichen Normen verpflichten — darum ist dieser rechtliche Grundsatz auch unausweichlich von politischen Entscheidungen durchdrungen und getragen.

111 Mensch und Staat

Das Gebot der Wahrung der Menschenwürde ist unmittelbarster Ausdruck des Zusammentreffens von „Staat" und „Mensch": Es ist die prinzipale Forderung des Menschen an den Staat. Der Inhalt dieser Forderung des Menschen an den Staat, seine Tätigkeit auf den Grundwert der Menschenwürde auszurichten, hängt davon ab, was die Menschen, die in der politischen Gemeinschaft zusammenleben, unter Menschenwürde verstehen: Welche Lebensweise ist diejenige, die des Menschen würdig ist? Der Gehalt des Gebotes der Wahrung der Menschenwürde wird somit zumindest mitbestimmt durch das Menschenbild, das innerhalb der politischen Gemeinschaft herrscht.

112 Das Menschenbild

Zu einer These zusammengefaßt heißt dies: Der Grundsatz der Menschenwürde ist die Forderung der Bürger an den Staat, die Gesellschaft nach ihrem Menschenbilde mitzugestalten.

Damit soll vorläufig nur zweierlei gemeint sein: Das Gebot hat den Charakter eines grundlegenden Auftrages der Bürger an die politische Gemeinschaftsorganisation, in der sie leben; der Inhalt dieses Auftrages bestimmt sich nach den herrschenden Vorstellungen von dem, was es bedeutet, Mensch zu sein. Der Grundsatz der Menschenwürde wird damit als rechtliche Form verstanden, in der letzte Sinn- und Wertvorstellungen in praktische Handlungsanweisungen umgegossen werden.

Aufgabe dieser Studie soll sein, den Gehalt dieser Handlungsanweisungen möglichst konkret zu fassen, um Richtlinien und Entscheidungskriterien für Rechtsetzung und Rechtsprechung angeben zu können. Die Bestimmung des Gehaltes der Menschenwürde erfolgt somit in praktischer Absicht. Wo philosophische Betrachtungen vom Gegenstand her unerläßlich sind, sind sie nie spekulativ zu verstehen, sondern als Beitrag zur handlungsorientierenden Argumentation.

113 Das Problem der empirischen Erkenntnis

Die Hauptschwierigkeit der gestellten Aufgabe liegt in ihrem Anspruch, auf einleuchtende oder gar überzeugende Weise den Gehalt „des" in der Schweiz herrschenden Menschenbildes darzustellen. Der Anspruch ist ebenso unabweislich wie uneinlösbar. Unabweislich deshalb, weil ohne den Versuch seiner Einlösung eine rationale Diskussion des Gehalts des verfassungsrechtlichen Gebotes nicht möglich ist; uneinlösbar, weil keine Forschungsmethode auch mit noch so großem Aufwand je ein tatsächlich vorherrschendes Bild vom Wesen und der Würde des Menschen in der Schweiz ergeben könnte:

Die Mittel der empirischen Soziologie müssen versagen, weil der Begriff des Menschlichen nicht operationalisierbar ist. Er zeichnet sich zuerst einmal aus durch Unbestimmtheit und Vieldeutigkeit. Messen kann man aber nur, was man definiert, d. h. begrenzt hat. Gerade das darf aber für den Begriff des Menschlichen nicht zu Beginn der Arbeit geschehen. „Mensch" und „Menschenwürde" sind keine statistisch erfaßbaren Größen, sondern gesellschaftspolitische Begriffe, deren Umschreibung erst noch aussteht. Die Frage nach dem Gehalt der Menschenwürde ist nicht in ähnlicher Weise abklärbar wie die Frage des Marktforschers nach der Beliebtheit eines Konsumgutes. Es geht nicht an, die Qualität „menschenwürdig" operational so zu umschreiben, wie es etwa für die Qualität „beliebt" in der Marktforschung dadurch geschieht, daß man die Beliebtheit als jene Wertung definiert, kraft deren ein Produkt auf dem Markt einem anderen vorgezogen wird. Der Marktforscher und sein Auftraggeber sind ja bloß an dieser Bevorzugung interessiert, weshalb ihnen die Präferenzkurven genügen. Das Wesen der Beliebtheit zu ergründen oder gar nach Liebe zu fragen, er-

scheint im Rahmen der Marktforschung absurd. Aber gerade die entsprechende Frage ist für das vorliegende Thema zentral: Was ist menschlich, was ist Würde, was kennzeichnet menschliche Würde gegenüber unmenschlicher Erniedrigung? Wenn sich auch entsprechende Fragebogen erstellen lassen, ihre Beantwortung wird immer nur die Meinung der Befragten zur operationalisierten Definition enthalten.

Empirische Befunde über das, was in der Schweiz als menschlich gilt, könnten also höchstens als Hinweise und Vermutungen dienen. Zudem erscheint fraglich, ob mit Bezug auf einen politischen Auftrag an den Staat die Meinungsumfrage zur Bestimmung des Inhalts des Auftrages das angemessene Erkenntnismittel sein kann. Die Wahl der Meinung der Mehrheit der Bürger als Kriterium für die inhaltliche Ausgestaltung und Interpretation von Rechtsnormen setzt auf jeden Fall bereits ein bestimmtes Demokratieverständnis voraus, aus dem heraus die Methode der Erkenntnis legitimiert wird: In bezug auf die Menschenwürde soll gelten, was die Mehrheit für gut erachtet. Dieses Kriterium beachtet nicht, daß die Menschenwürde auch dem Schutze von Minderheiten dienen soll, deren Lebensbedürfnisse von der Mehrheit nicht genügend erkannt oder anerkannt werden.

Hinzu kommt, daß die Bestimmung der Menschenwürde als Auftrag der Bürger an den Staat etwas eng gefaßt ist: Der Gehalt der Menschenwürde innerhalb einer bestimmten Gesellschaft entwickelt sich historisch. Er wird nicht nur heute je neu bestimmt, sondern ist bedingt durch die Entwicklung der Institutionen in Staat und Gesellschaft, die das Zusammenleben der Menschen tragen. In ihnen reflektiert sich ebenfalls das in der Gesellschaft vorherrschende Menschenbild, ja, in ihnen und durch sie verwirklicht sich dieses Menschenbild. Maßgeblich wird somit weniger die Mehrheitsmeinung sein, als vielmehr jener Gehalt, der der Menschenwürde von allen Institutionen der politischen, rechtlichen und gesellschaftlichen Willensbildung in Geschichte und Gegenwart verliehen wird.

114 Norm und Wirklichkeit der Menschenwürde

Auch diesem Maßstab gegenüber taucht schließlich noch ein Einwand auf: jener der Spannung zwischen Norm und Wirklichkeit. Die wirkliche Willensäußerung der befragten Bürger, das verwirklichte Menschenbild der gesellschaftlichen Institutionen, entsprechen sie dem, was das Gebot der Menschenwürde heute leisten könnte? Wäre es nicht Aufgabe des Verfassungsgrundsatzes, über das heute Wirkliche und Verwirklichte hinaus auf das heute Mögliche zu weisen, weiter, als dies von der Mehrheit der Bürger erkannt ist oder von den Institutionen bereits angestrebt wird?

Mit der Bejahung dieser Frage stoßen wir auf eine grundsätzliche Schranke objektiver Bestimmbarkeit des Gehaltes der Menschenwürde: Alle empirischen Erkenntnisse sind nur Faktoren, die in Rechnung zu stellen sind, aber niemals ein Ganzes ergeben. Die rechtspolitische Argumentation darüber, was in der Schweiz unter Menschenwürde verstanden werden soll, wird stets von Entscheidungen getragen, die nicht vollständig durch die bestehenden Bedingungen bestimmt werden, sondern wesentlich von den Interessen abhängen, die mit der Argumentation verfolgt werden. Dies gilt einmal für die Interpretation der empirischen Befunde — Daten werden nur verständlich im Lichte vorgeformter Sinnzusammenhänge —, sodann aber auch für die Art der Verwendung der Erkenntnisse im Rahmen der rechtspolitischen Argumentation: Erst die Wertung der Erkenntnisse ermöglicht die Ausbildung neuer Sinnzusammenhänge.

115 Der hermeneutische Vorgriff

Damit sieht sich die rechtspolitische Argumentation in den unausweichlichen hermeneutischen Zirkel eingeschlossen: Die Suche nach dem, was hier und heute richtig und Recht sein soll, ist nur möglich durch wechselseitige Vor- und Rückgriffe auf Wertvorstellungen über eine zukünftige Wirklichkeit und auf Teilverwirklichungen dieser Vorstellungen in der Gegenwart. Der normative Gehalt des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde kann nur bestimmt werden im Lichte eines Entwurfes einer Gesellschaft menschenwürdigen Zusammenlebens; dieser Entwurf aber muß sich als Fortbildung bereits heute verwirklichter Teilentwürfe erweisen, wenn er einen praktisch gangbaren Weg aufzeigen soll.

116 Rationalisierung letzter Werte

Absolut verstanden ist der Anspruch der vorliegenden Studie unerfüllbar: Der Gehalt des Grundsatzes der Menschenwürde läßt sich nicht objektiv verbindlich fassen. Und doch darf der Anspruch nicht fallengelassen werden, wenn wir nicht Entscheidungen über letzte Werte unserer Rechtsgemeinschaft dem Zufall und der Willkür irrationaler Motivationen überlassen wollen. Der Anspruch bleibt erhalten, aber er wird ergänzt durch das Bewußtsein seiner Uneinlösbarkeit. Die vorliegende Studie versteht sich denn auch bloß als Beitrag, Versuch oder Vorschlag zur Rationalisierung der Entscheidung über letzte Werte unserer Rechtsordnung.

Die vorgetragenen Überlegungen weisen darauf hin, daß der wissenschaftliche Ansatz der Studie nicht als Selbstverständlichkeit vorgegeben ist. Menschenwürde kann Gegenstand philosophischer Essays, theologischer Reflexionen und soziologischer Analysen sein. Hier soll sie als

juristisches Problem angegangen werden. Hermeneutische Argumentation soll ermöglichen, den Gehalt des Grundsatzes für Rechtsetzung und Rechtsprechung fruchtbar zu machen. Letzte Wertungen sollen rational verständlich werden. Dort, wo üblicherweise aufgehört wird, zu argumentieren, soll das Gespräch weitergeführt werden. Was aber kann man dorthin stellen, wo sich führende Autoren in aller Ehrlichkeit mit der Abkürzung „m. E." begnügen?

117 Offenlegung des Erkenntnisinteresses

Wo man an die Grenzen wissenschaftlicher Arbeitsweise stößt, ist das erste Gebot sicher das, den eigenen Standpunkt in aller Ehrlichkeit offenzulegen, wie dies etwa *Wolfgang Naucke* in beispielhafter Weise tut, wenn er zu Beginn einer rechtssoziologischen Arbeit den Wert angibt, an dem er die Rechtspraxis messen will[1]:

> „Humanität für den einzelnen in der heutigen juristischen Situation und durch die heutige juristische Situation; ‚minimize suffering' nach der Formulierung von Popper, ins Juristische übertragen, also die Verminderung von Leiden *durch* die Praxis des Rechts und *in* der Praxis des Rechts; Vermehrung von Glück für den einzelnen *in* der und *durch* die Rechtspraxis (eine komplizierte Sache in einer komplizierten, Humanität und Glück nicht offen ansteuernden rechtlichen Welt); in diese Beschreibung gehen ein die Vorstellungen, die im Gebiet des Rechts der sozialen Sicherheit anzutreffen sind: Sicherung des Lebensstandards, Freiheit von Angst in privatem und beruflichem Leben, Sicherheit bei Krankheit und im Alter."

Naucke fügt dieser Offenlegung seiner Grundhaltung sogar noch eine politische Begründung bei[2]:

> „Die betonte Einseitigkeit dieses Wertes ist kein Zufall ... Die relativistisch begründete einseitige Betonung der Humanität im Sinne von ‚Wohlbefinden des Individuums' als Wert scheint mir zulässig und notwendig in einer politischen, intellektuellen und rechtlichen Situation, in der dieser Wert nicht an erster Stelle in der Diskussion steht und in der — auch für die Rechtspraxis — kein Mangel herrscht an absolutistisch auftretenden, überbetont konservativen oder überhastet progressiven Wertlehren (beiden ist eine naive Humanität fremd)."

Schon mit einer ehrlichen Offenlegung des Interesses, von dem eine rechtspolitische Argumentation getragen ist, wird der Rationalität der Auseinandersetzung gedient. Immerhin setzt Naucke hier jedoch auf axiomatische Weise fest, bis zu welchem Punkt er zu diskutieren bereit ist, und beschränkt somit den Kreis derer, die sich mit ihm auf ratio-

---

[1] Wissenschaftsbegriff — Rechtssoziologie — Rechtspraxis, in: *Naucke / Trappe*, Rechtssoziologie und Rechtspraxis, S. 82 (für genauere Angaben vgl. jeweils die Bibliographie). Naucke liefert hier unwillkürlich eine Interpretation des Grundsatzes der Menschenwürde.

[2] Ebd., S. 82 f.

nale Weise einigen können, auf jene Menschen, die seinen individuellen Humanismus als für sich verbindlich anerkennen können.

Vorerst bleibt offen, ob es überhaupt möglich ist, die Grenzen rationaler Diskussion über diesen Punkt hinaus zu verlegen. Der Anspruch der vorliegenden Arbeit verlangt jedoch, daß dies zumindest versucht werde. Das erfordert eine Untersuchung des wissenschaftlichen Ansatzes der Studie, eine Klärung des Vorverständnisses, das sich in den Methoden und Grundannahmen niederschlägt, und vor allem einen Versuch der Legitimation des rechtspolitischen Interesses, das notwendigerweise die ganze Arbeit durchdringt.

12 Der wissenschaftstheoretische Ansatz

Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, die Rechtswissenschaft wissenschaftstheoretisch zu durchleuchten. Das Selbstverständnis der Rechtswissenschaft ist bisher erst in einigen Ansätzen geklärt worden[1]. Diesen Stand der Diskussion muß die vorliegende Studie anerkennen, ohne selber Wesentliches beitragen zu können. Dennoch darf gerade die Frage nach letzten Werten der Rechtsordnung nicht gestellt werden, ohne daß vorgängig die angemessene Arbeitsmethode gesucht wird und dabei versucht wird, das Vorgehen wissenschaftstheoretisch zu legitimieren[2].

121 Gruppierung der Wissenschaften

Die Wissenschaften lassen sich in analytische und nichtanalytische gruppieren. Während die ersteren (v. a. die Naturwissenschaften) ihren Gegenstand in seine Bestandteile auflösen und dann deren Beziehungen untereinander untersuchen, erfassen die letzteren (v. a. die Geisteswissenschaften) ihren Gegenstand als Ganzheit und suchen ihn als solchen zu verstehen[3]. Die analytischen Wissenschaften suchen Wertungsprobleme aus dem Erkenntnisprozeß auszuklammern. Ethische Fragen stellen sich erst bei der praktischen Verwertung der Ergebnisse analytischer Wissenschaften. Vor diesen Fragen aber versagen die analytischen Erkenntnismethoden. Gerade diese praktischen Lebensfragen sind jedoch Gegenstand der nichtanalytischen Wissenschaften. Sie versuchen, auch Ziel- und Sinnfragen des menschlichen Lebens wissen-

[1] Vgl. *Friedrich Müller*, Juristische Methodik; *Hubert Rottleuthner*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft.

[2] Der Verzicht auf eine eigentliche Theorie der Rechtswissenschaft bedeutet natürlich, daß die nachstehenden Überlegungen nur andeuten können, in welcher Richtung eine rationalere Diskussion rechtlicher Grundfragen versucht werden könnte. Zumindest bietet sich mir dabei die Gelegenheit, mein Vorverständnis plausibel darzulegen.

[3] *Helmut Seiffert*, Einführung in die Wissenschaftstheorie, Bd. 1, S. 3 ff.

schaftlich anzugehen: Wissenschaft soll nicht nur technische Mittel bereitstellen, die dem Menschen den Weg erleichtern, den er zur Lösung eines Problems beschreiten will, sie soll ihm auch bei der Entscheidung des Problems wegleitend sein. Sie nimmt Wertungen auf oder richtet sich sogar auf Wertungen aus[4].

122 Rechtswissenschaft als handlungsorientierende Wissenschaft

Diese grobe Skizze legt es nahe, die Rechtswissenschaft der zweiten Gruppe anzugliedern, wenn sie überhaupt als Wissenschaft verstanden werden soll[5]. Rechtswissenschaft müßte sich dann als eine handlungsorientierende Wissenschaft verstehen, deren Aufgabe es wäre, die Rechtspraxis, d. h. Rechtsetzung und Rechtsanwendung, anzuleiten, indem sie als „Theorie der praktischen Argumentation" in Kenntnis der sozialen Verhältnisse und der anerkannten Wertungen Interpretations- und Lösungsvorschläge zu Interessenkonflikten ausarbeitet[6].

Als Theorie der praktischen Argumentation will die Rechtswissenschaft zuallererst überzeugend wirken. Sie erhebt den Anspruch auf zwangslose Anerkennung und rechnet mit der Einsicht der Angesprochenen: mit der Möglichkeit vernünftiger zwischenmenschlicher Verständigung. Jede juristische dogmatische Auseinandersetzung ist letztlich ausgerichtet auf den Glauben an die Möglichkeit vernünftiger menschlicher Ordnung. Von dieser Warte aus sucht die Rechtswissenschaft Einfluß zu nehmen auf die Austragung der Interessenkonflikte in Rechtsetzung und Rechtsprechung.

Damit erscheint die Jurisprudenz als wertorientierte Handlungswissenschaft, die ihren Anwendungsbereich und Gegenstand zugleich in der Rechtspraxis findet: Gesetz und Urteil, aber auch Gesetzgebungsverfahren und richterlicher oder administrativer Prozeß sind Gegenstand der Interpretation und der Kritik der Jurisprudenz; zugleich sind sie auch der Bereich, in dem die Rechtswissenschaft sich verwirklicht.

---

[4] Ebd., S. 7 f.

[5] Die Jurisprudenz ist auch schon als bloße Kunstlehre bezeichnet worden, „als eine Sammlung von terminologisch stylisiertem Alltagswissen, von Problemlösungstechniken und Interpretationsverfahren, als Fundus legitimer, jederzeit abrufbarer Argumentations-Instanzen", wie Rottleuthner kritisch bemerkt, um seinerseits eine „Verwissenschaftlichung der Jurisprudenz" zu fordern (Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, S. 88).

[6] Vgl. *Rottleuthner*, S. 8, 84 ff., 188, 204 f. und 258 f. Er betont, daß sich die juristische Dogmatik stets mit der „Rechtfertigung von Werturteilen" befasse. Damit dürfte jedoch kaum die These gemeint sein, daß Werturteile stets irrational entstünden und lediglich hinterher dogmatisch legitimiert würden. Rottleuthner anerkennt denn auch, daß die Rechtswissenschaft die Rechtspraxis durch „kommunikative Handlungs-Orientierungen" beeinflußt (S. 258).

Die Rechtspraxis ist Untersuchungsgegenstand und Einflußobjekt der Rechtswissenschaft zugleich.

123 Die Methode der Rechtswissenschaft

Auf diesen doppelten Bezug zur Rechtspraxis muß sich die Methode der Rechtswissenschaft ausrichten.

123.1 Hermeneutik

Gemäß herrschender Anschauung verfährt die Rechtswissenschaft nach der hermeneutischen Methode[7]. Damit wird Rechtswissenschaft als Kunstlehre des Verstehens, der Auslegung und der Anwendung von Normen auf Tatsachen verstanden. Genauer besehen ist ihre Aufgabe die einer Zuordnung von Normen und Tatsachen, wobei die Tatsachen im Lichte der Normen und die Normen im Lichte der Tatsachen interpretiert werden. — Die Methode der Hermeneutik teilt die Jurisprudenz mit den Geisteswissenschaften, mit denen sie gemeinsam hat, daß sie sich um ein Sinnverständnis, um eine Interpretation überlieferter Texte bemüht.

Mit einem Vorverständnis, von dem später noch die Rede sein soll[8], tritt der Jurist an sein Problem. Er liest die ersten Quellen über den Sachverhalt oder die soziale Situation und trifft seine erste Einschätzung der Lage. Sodann wendet er sich den Rechtsquellen zu, die ihm „anwendbar" scheinen, d. h. denen er vermutlich nach seinem Wissen und seiner Erfahrung Hinweise auf eine rechtliche Antwort auf den Konflikt, den er aus den tatsächlichen Quellen herausgelesen hat, entnehmen kann. Dadurch erwirbt er ein erstes, vorläufiges juristisches Verständnis vom Problem, mit welchem er sich befaßt. Dieses gewonnene Verständnis enthält den „Entwurf" einer Lösung des Konfliktes. Diesen Entwurf korrigiert der Jurist nun durch die „Kenntnisnahme" von sekundären Quellen auf der tatsächlichen wie der normativen Seite seines Problems. In diesem „ständigen Wechsel von ‚Entwurf' und ‚Kenntnisnahme'"[9] liegt der hermeneutische Zirkel, den die juristische Methode mit der historischen gemeinsam hat. Und doch besteht schon hier ein wesentlicher Unterschied: Der hermeneutische Zirkel der historischen Wissenschaften bewegt sich lediglich im Rahmen des Verständnisproblems eines Textes. Er kennzeichnet den Vorgang der Textauslegung als „Wechselbeziehung zwischen der Interpretation der ‚Teile' durch ein zunächst diffus vorverstandenes ‚Ganzes' und der Kor-

[7] Vgl. z. B. *Friedrich Müller,* Normstruktur und Normativität, Berlin 1966, oder *Hans Georg Hinderling,* Rechtsnorm und Verstehen, bes. S. 95 ff., der sich auch mit Gadamer und Betti auseinandersetzt.

[8] Vgl. die nachfolgende Ziffer 123.2.

[9] *Seiffert,* Wissenschaftstheorie II, S. 116.

rektur dieses Vorbegriffs durch die ihm subsumierten Teile“[10]. Die juristische Hermeneutik bezieht sich zwar ebenfalls in dieser Weise auf die Quellen tatsächlicher und normativer Natur, muß aber zusätzlich jenen Schritt der Zuordnung vorbereiten, der üblicherweise als Subsumption eines Sachverhaltes unter eine Rechtsnorm bezeichnet wird. Der juristischen Arbeitsweise eigen ist also der zusätzliche Wechselschritt zwischen dem Verständnis der Sachlage und jenem der Rechtslage[11]: Die eine Seite gewinnt ihre Bedeutung je nur durch den Bezug zur andern Seite. „Bedeutung“ heißt dabei nicht Verständnissinn wie bei der reinen Textinterpretation, sondern Relevanz, wegweisende Funktion, handlungsorientierender Wert im Prozeß der juristischen Beurteilung eines Konfliktes. Diese Aufgabe des Juristen — als Wissenschafter wie als Praktiker —, einen Entscheid zu fällen, der für gewisse seiner Mitmenschen praktische Folgen zeitigt, hat wesentliche Bedeutung für den Stellenwert der hermeneutischen Methode innerhalb der Jurisprudenz.

123.2 Das Vorverständnis

Bevor ich jedoch darauf näher eingehe, möchte ich noch dartun, welche Bedeutung diese gesellschaftliche Aufgabe des Juristen dem Vorverständnis erwachsen läßt, mit dem der Jurist an die Lösung eines Problems tritt. Gerade diese Überlegungen werden die Funktion der Hermeneutik im juristischen Entscheidungsprozeß deutlicher erkennbar machen.

Das Vorverständnis des Juristen von der Art, wie Konflikte gelöst werden sollen, hat erheblichen Einfluß auf die Methode der juristischen Arbeit. Geformt ist es vorerst durch seine allgemeine Bildung, seine berufliche Ausbildung und durch sein allgemeines Verständnis vom Sinn und von der Aufgabe der Rechtsordnung. Er ist an der Universität in eine juristische Sprache und Denkweise eingeführt worden, die seine Fragestellung in jedem praktischen Rechtsfall beeinflussen. Er hat in seiner Praxis eine Vielzahl von Fällen erlebt, die ihn zu einer Korrektur seiner angelernten Denkweise gezwungen haben: In der Regel wird er sich mehr den „Sachzwängen“, der „ökonomischen Vernunft“, kurz: den konkreten vorherrschenden Interessen der gesellschaftlichen Gruppen, die ihn täglich umgeben, angeglichen haben; dies in der Einsicht, daß das akademische Normengefüge doch für die lebenden Menschen geschaffen ist und nicht umgekehrt, vielleicht auch aus der ernüchternden Erfahrung heraus, daß sich Recht nicht zu weit von Macht

[10] *Habermas*, Erkenntnis und Interesse, S. 216.

[11] Die Sachlage hat für den Juristen nicht bloß den Stellenwert eines Interpretationselementes für das Verständnis des Textes, sondern ist eigentlicher Gegenstand der juristischen — d. h. normorientierten — Erkenntnis.

(d. h. den organisierten Interessen in der menschlichen Gemeinschaft) entfernen darf, weil es sonst umgangen wird oder überhaupt die Zustimmung der Rechtsgenossen verliert.

Bevor der Jurist eine konkrete Rechtsfrage angeht, hat er bereits eine vorgefaßte Meinung davon, wie die Beziehungen unter den Menschen im allgemeinen zu regeln sind; er „spürt" denn auch die Lösung eines Problems, sobald er seine Umrisse erkannt hat: Der juristische Arbeitsprozeß ist eingebettet in ein recht deutlich geprägtes Vorverständnis von dem, was in einer je gegebenen Situation richtig und möglich ist.

Von seinem Auftrage her ist der Jurist bereits viel deutlicher als andere Wissenschafter (die Theologen ausgenommen) in seinem Ansatze von Wertvorstellungen geprägt, die er in seine Arbeitsweise hineinträgt. Er ist Vertreter der rechtlichen Ordnung einer Gesellschaft. Ihm und seinen Kollegen ist die möglichst richtige Friedensordnung zur Wahrung und zur Weiterbildung anvertraut. Er steht von Anfang an als verantwortlich Gestaltender mitten im Problem drin, das er zu lösen hat. Nie kann von ihm wertneutrale Distanziertheit verlangt werden; vielmehr ist von ihm zu fordern, daß er seine ganze Persönlichkeit in der Suche nach dem Recht (dem, was als richtig gelten soll) einsetze. Der Jurist ist nicht Beobachter, Analytiker, sondern Handelnder, Praktiker.

123.3 Vorverständnis und Verantwortung

Weil der Jurist als verantwortlich Handelnder mit Hilfe seiner Wissenschaft Werturteile fällen soll, die für seine Mitmenschen Folgen zeitigen, ist sein Vorverständnis und darüber hinaus seine gesamte Einstellung[12] für seine Arbeit viel bedeutsamer als es das Vorverständnis und die Attitüden des Historikers für seine Studien sind. Während der Historiker seine Forschungsarbeit möglichst von vorbestandenen Auffassungen reinigen muß, um zu einer möglichst objektiven, wahren Darstellung vergangener Ereignisse zu gelangen, aus welcher er meist keine Folgen für praktische Belange der Gegenwart zieht, muß der Jurist seine vorbestehenden Auffassungen zwar klären, nicht aber beiseiteschieben, wenn er durch seine Juristenrolle hindurch verantwortlicher Bürger bleiben will.

Der Jurist muß sein Vorverständnis in die Arbeit aufnehmen, es durch die hermeneutische Argumentation korrigieren und ergänzen und schließlich überführen in ein Urteil, das ihm sowohl juristisch wie persönlich „vertretbar" scheint[13]. Der Jurist — am deutlichsten der

[12] *Rottleuthner*, S. 169 ff., insb. S. 174 f., sowie Anm. 34 zu S. 203.

[13] Vgl. zum Rollenkonflikt des Richters z. B. *Rottleuthner*, S. 161 ff.

Richter, aber auch alle andern Berufsvertreter bis hin zum Dozenten — befindet sich in der Zwangslage, eine gesellschaftlich vorgeprägte (ihm daher äußerliche), folgenschwere Rolle gewissenhaft, d. h. mit persönlicher Hingabe erfüllen zu müssen. Zwar trifft der Jurist seine Entscheide stets mittelbar oder unmittelbar im Namen der Rechtsordnung, des Staates, jedoch tut er dies nie als blindes Werkzeug, sondern als wertender Mensch. Er kann seine Arbeit nicht bloß dadurch rechtfertigen, daß er die Subsumption des Sachverhaltes unter die Norm in peinlich genauer Anwendung hermeneutischer Regeln vorgenommen hat: Die juristische Methode gibt keine zweifelsfreie Gewähr für richtige Entscheide. Letztlich muß der Jurist seinen Entscheid ebensosehr wie aus der vorgegebenen Wertordnung des geltenden Rechtes auch aus seinen eigenen Wertvorstellungen heraus legitimieren[14].

Das heißt aber für die Rechtspraxis und die praktisch orientierte Rechtswissenschaft, daß sie in erheblichem Ausmaß subjektive Vorstellungen in sich aufnehmen. Dieses subjektive Element juristischer Arbeit ist denn auch in der Rechtsordnung anerkannt. Es findet sein Korrektiv im Verfahren der rechtlichen Entscheidung: Bei der Rechtsetzung durch das Zusammenspiel von Verwaltung, Interessengruppen, Regierung und Parlament oder Volk, bei der Rechtsanwendung im Dialog der Parteien und in der mehrstufigen Organisation der Gerichte und Verwaltungsinstanzen.

123.4 Hermeneutik und juristische Entscheidung

Offensichtlich reicht die Anwendung hermeneutischer Regeln nicht aus zur Gewährleistung der Richtigkeit juristischer Entscheide. Hermeneutisch verläuft der Gedankengang des Juristen nur solange die Beobachterdistanz von der konkreten Konfliktsituation gewahrt bleibt. Solange wird aber auch kein Entscheid gefällt. Sobald die juristische Arbeit „Früchte tragen" soll, wird sie eingebettet in den Rahmen einer intersubjektiven Auseinandersetzung, die innerhalb eigens hiefür geschaffener Institutionen ausgetragen wird.

Hermeneutik läßt sich am Schreibtisch betreiben. Jurisprudenz aber wird als Dialog, als Auseinandersetzung konfligierender Interessen in Gerichten, Ämtern, Expertenkommissionen, Regierungsgremien und Parlamenten ausgetragen[15].

---

[14] Hierin liegt denn auch eine zentrale Funktion der traditionell ‚geschlossenen' juristischen Ausbildung, die ebensosehr wie Fertigkeiten auch ein juridisches Weltbild vermittelt, das einen Juristenstand mit möglichst homogenen Grundeinstellungen schafft. Vgl. *Rottleuthner*, S. 265 ff.; s. a. S. 209 ff.

[15] Aus diesem Zusammenhang der Konfliktlösung ergibt sich ein „Entscheidungsinteresse" des Juristen (vgl. Ziffer 141.11), das von der Methode

Dieser Bezug der Rechtswissenschaft auf eine soziale Praxis nötigt uns, zum besseren Verständnis der rechtswissenschaftlichen Methode ein Bild von der Rechtspraxis zu entwerfen, der sich die Methode ja anmessen muß.

123.5 Das rechtliche Verfahren als Sprache

Da alle Regeln der Interpretation die Subjektivität nicht aus dem Prozeß der Rechtsfindung und Rechtsschöpfung ausschließen können, sorgt der Rechtsstaat dafür, daß alle betroffenen auf den Entscheid einwirken können, indem sie ihren Standpunkt geltend machen, d. h. dafür kämpfen, daß ihre Interessen Geltung erlangen. Diesem Zwecke dienen die Verfahren der Gesetzgebung und der Rechtsprechung, wie auch das Verwaltungsverfahren.

Im rechtlichen Verfahren sind die Parteien gezwungen, ihre Interessen sprachlich auszuformen, in die Rechtssprache zu kleiden. Sie sind weiterhin gezwungen, innerhalb dieser Rechtssprache Argumente vorzutragen, die im Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung als rational gelten, d. h. sich dem rechtlichen (und politischen) Gedanken- und Wertgefüge, das in der Gesellschaft anerkannt ist, einfügen. Das rechtliche Verfahren (in Gesetzgebung wie in Rechtsprechung) zwingt die Rechtsgenossen, ihre (Macht-)Ansprüche in Rede und Schrift auszutragen. Recht führt damit den brutalen Kampf der Interessen über in ein Gespräch. Dadurch wird Macht dialogisiert, auf Verständigung hin ausgerichtet. Recht ist Friedensordnung deshalb, weil es einen anerkannten Weg rationalerer Austragung widerstreitender Interessen darstellt.

---

der Rechtswissenschaft einen viel größeren Praxisbezug verlangt, als ihn etwa die „Applikation" in der Hermeneutik Gadamers zu bieten vermag. Jenes Element der Anwendung, das nach *Hans-Georg Gadamer* (Wahrheit und Methode, 4. A. Tübingen 1975, S. 290) in jedem Verstehen liegt, erschöpft sich in einem Vermitteln, nämlich im Einbringen des Vorverständnisses und der konkreten Situation des Interpreten in die zu verstehende Überlieferung: Es geht dabei um die Verschmelzung des historischen Horizontes der Überlieferung, die es zu verstehen gilt, mit dem gegenwärtigen Horizont des Interpreten (S. 289). Wenn Gadamer zur Erläuterung dieses Elementes von „Anwendung" des historischen Textes die juristische Interpretation als Beispiel beizieht (S. 307 ff.), so nicht mit dem Anspruch, einen Beitrag zur Rechtswissenschaft zu leisten, sondern bloß, um daraus Hinweise für sein Hauptanliegen, dem Suchen nach dem Gemeinsamen aller Verstehensweisen (S. XIX) zu gewinnen. — Für den Juristen, der primär nicht von einem Erkenntnisinteresse, sondern einem Entscheidungsinteresse geleitet ist, stellt aber Verstehen nur einen Teil des Entscheidens dar, das ihm obliegt. Darum muß juristische Methodik mehr leisten als bloßes Verstehen des Rechts — sie muß juristische Handlungs- und Entscheidungslehre sein. Überdies wäre es unzulässig, Gadamers Untersuchungen in eine Methodenlehre der Geisteswissenschaften (S. XXIX) umdeuten zu wollen: Gadamer will ausdrücklich keine Kunstlehre des Verstehens anbieten (S. XXIX). Was er liefert, ist eine phänomenologische Betrachtung über das Verhältnis des Menschen zu seiner Geschichte, nicht eine Theorie der Interpretation.

Dieser Interessenausgleich ist freilich nur insofern rational, als er auf dem Wege der Argumentation geschaffen wird. Vollständig verwirklicht wäre diese argumentative Rationalität nur, wenn tatsächlich eine Einigung erzielt werden könnte. Rationale Argumentation bietet jedoch in allen praktischen Fragen keine Gewähr der Übereinstimmung. Weder die Philosophie noch die Rechtstheorie vermitteln eine gültige Wertordnung, die praktische Fragen so zu entscheiden gestattete, daß die Lösung jedermann gerecht erschiene. Wertungsfragen sind nicht evident. Deshalb muß das rechtliche Verfahren neben der Argumentation, dem rationalen Element, auch eine Autorität, ein Element der Macht und des Zwanges, enthalten. Der Rechtsweg muß unter allen Umständen in eine Entscheidung münden. Darum ist er so organisiert, daß er Konflikte auch ohne Einigung der Parteien zu entscheiden vermag: Parlamentsmehrheiten und Richter sind mit Entscheidungsgewalt ausgestattet; ihre Entscheidungen können mit Polizeigewalt durchgesetzt werden.

Rechtliche Ordnung verwirklicht sich stets im Spannungsfeld von Vernunft und Gewalt. Als Versuch, der vernunftlosen Gewalt der Anarchie zu entrinnen, ist sie selbst doch immer wieder darauf angewiesen, Gewalt auszuüben. Recht muß sich daher meist damit begnügen, vernunftorientierte Gewalt zu sein.

Diese zwiespältige Natur des Rechts gefährdet immer wieder die Erfüllung der Aufgabe, dauerhafte Friedensordnung zu sein. Die Gewalt, die von der Rechtsordnung ausgeübt wird, muß sich immer wieder als legitim bewähren und die Anerkennung der Rechtsgenossen finden[16].

---

[16] Das Dilemma des Rechts, vom Wunsche nach rationaler Einigung getragen zu sein, auf Autorität und Machtausübung aber nicht verzichten zu können, hat *Ch. Perelman* vom philosophischen Standpunkt aus aufgezeigt; Da letzte Werte nicht evident sind, müssen Konflikte von der Rechtsordnung, auch und gerade wenn sie Friedensordnung sein will, unter Einsatz von Gewalt entschieden werden. Das rationale Verfahren muß beschränkt werden und in einen autoritativen Entscheid ausmünden: „Tatsächlich müssen die Rechtsnormen, die eine öffentliche Ordnung bestimmen, Verfahrens- und Beweisregeln zulassen, welche es gestatten, die Rechtsunsicherheit einzuschränken und mittels der Ernennung von zuständigen Justiz- und Verwaltungsbeamten das Fehlen objektiver und unpersönlicher Kriterien zur Lösung der eventuellen Konflikte zu verschleiern“ (3. Vorlesung über die Gerechtigkeit, in: Über die Gerechtigkeit, S. 130). Perelman weist sodann auf die Gefahr hin, die darin liegt, daß die autoritative Konfliktentscheidung nicht echte Konflikte löst. In der Sprache Perelmans: „Wenn objektive und allgemein angenommene Kriterien fehlen, muß man sich, um der Anarchie zu entgehen, zu personalen Kriterien herablassen und bestimmten Menschen die Autorität, Gesetze zu erlassen und zu herrschen, und die Kompetenz zu urteilen zuerkennen ... Insofern haben die Inhaber der legitimen Gewalt die Autorität, über gegensätzliche Positionen zu entscheiden. Aber das Ansehen der Autorität wird sich auf die Dauer nur erhalten, wenn die Macht in einer Weise ausgeübt wird, die sich nicht zu sehr von den Erwartungen des Volkes entfernt. Übergeht die Autorität in unzulässiger Weise

Wenn hier von Recht die Rede ist, so soll darunter nicht so sehr eine Gesamtheit vorfindlicher Normen verstanden werden, als vielmehr ein Weg, ein Prozeß der Ordnung zwischenmenschlicher und gesellschaftlicher Verhältnisse. Recht umfaßt in diesem Sinne Verhaltens-, Verfahrens- und Organisationsnormen, aber auch Menschen: Richter, Beamte, Anwälte, Parlamentarier und Parteien, die mit ihren Standpunkten und Ansprüchen den eigentlichen Gegenstand des Rechtes ausmachen.

Recht ist danach ein Weg, ein Verfahren unblutiger Austragung gegensätzlicher Interessen; ein Werkzeug der Vernunft zur Gestaltung der Gesellschaft; ein Versuch, auf dem Wege des Dialoges zwischen widerstreitenden Kräften zu einer vernünftigen Lösung zu gelangen. Recht ist ein von den Menschen im Dienste des friedlichen Zusammenlebens geschaffenes dialektisches Verfahren, das erlauben soll, in konkreten Lebenssituationen zwischenmenschliche Konflikte auszutragen und sie einer Synthese zuzuführen, in der sich die widerstreitenden Interessen aufheben[17].

Recht verfährt damit dialektisch. Es ist insoweit die Dialektik der gesellschaftlichen Interessen überhaupt, als von den Menschen versucht wird, die Auseinandersetzung der gesellschaftlichen Interessen in rechtlich geordnete Verfahren einzufangen.

123.6 Dialektik im Recht

Die Behauptung, Recht verfahre dialektisch, bedarf vielleicht einer Erläuterung: Dialektik kann man in ihrem griechischen Ursprung als „Kunst, einen Dialog zu führen", bezeichnen. Sie ist die Kunst, im Gespräch Gegen-Sätze und Wider-Sprüche als Komponenten eines größeren Ganzen auszuweisen. Dialektik ist die Kunst, widersprechende Behauptungen zweier oder mehrerer Gesprächspartner einer Einigung zuzuführen, die einerseits notwendigerweise über die einzelnen vertretenen Standpunkte hinaus führt, anderseits aber auch alle diese Standpunkte derart in sich aufnimmt, daß die Gesprächspartner ihre Behauptungen auf annehmbare Weise in der getroffenen Lösung wiederfinden und daher den Widerspruch fallen lassen.

---

die Wünsche des Volkes, so riskiert sie, auf zunehmend offenkundiger werdende Ablehnung zu stoßen, die schließlich darin endet, daß die Regierung in der Folge verlorener Wahlen, durch einen Staatsstreich oder durch eine Revolution gestürzt wird (S. 143 f. und 145)."

[17] Wieweit das rechtliche Verfahren tatsächlich gestattet, die Synthese widersprechender Interessen herzustellen, ist damit noch nicht gesagt. Dauerhafte Friedensordnung kann das Recht freilich nur sein, wenn es gesellschaftliche Grundkonflikte tatsächlich einer Synthese zuzuführen vermag. Vgl. dazu hinten Ziff. 123.72.

Die wesentlichen Elemente des dialektischen Verfahrens sind also die Vertreter gegensätzlicher Standpunkte und deren Bereitschaft, diese Standpunkte zur Diskussion zu stellen, d. h. die Gegensätze auf dem Wege der sprachlichen Verständigung aufzuheben. Diese sprachliche Verständigung wird im einzelnen hermeneutische Schritte aufweisen, durch welche Interpretationen gegenseitig geklärt werden können. Das dialektische Verfahren geht jedoch in der Hermeneutik nicht auf: Dialektik beschreibt einen sozialen Vorgang, bei dem sich Menschen einigen. Die Hermeneutik umschreibt dabei nur die Gedankengänge, die jene Menschen im Gespräch vollziehen[18].

Wenn Recht als Versuch verstanden wird, zwischenmenschliche und soziale Konflikte friedlich zu lösen, dann heißt dies auch, daß Recht seiner Aufgabe nach dialektisch verfahren soll: Gegensätzliche Interessen sollen in Argumente der Rechtssprache übersetzt werden und diese sollen in gegenseitiger Abwägung und Zuordnung einer Entscheidung zugeführt werden, in der sich der Konflikt aufhebt.

123.7 Recht als Friedensordnung

Zwei Fragen drängen sich auf: Zielt der Rechtsweg überhaupt auf Einigung ab und nicht vielmehr auf autoritäre Konfliktentscheidung? Und zudem: Ist Recht überhaupt Konfliktentscheidung, vermag es, echte Konflikte zu beheben?

123.71 Der Rechtsweg als Friedensweg?

Das rechtliche Entscheidungsverfahren wird von den Rechtsphilosophien stets durch einen letztlichen Konsens der Rechtsgenossen legitimiert, ob dieser Konsens nun als „contrat social" an den Beginn einer legendären Staatsgründung gestellt wird oder als gemeinsames Ziel der offenen Gesellschaft postuliert wird. Anscheinend besteht unter Juristen und Philosophen das Bedürfnis, Recht und Staat auf Einigung zu gründen oder auszurichten. Das normative Ziel der Einigung läßt sich aber auch ohne derart abstrakten Vor- oder Rückgriff aus praktischen

[18] Nach diesem Bilde der dialektischen Auseinandersetzung lassen sich alle Zwischenmenschlichen Beziehungen erläutern: nicht notwendigerweise deshalb, weil alle menschliche Wirklichkeit objektiv nach dem Muster dialektischer Prozesse ablaufen würde, sondern ganz abgesehen von einer solchen ontologischen Annahme deshalb, weil jeder Erläuterungsversuch zwischenmenschlicher Beziehungen selber die Form sprachlicher Verständigung annehmen muß, das Verhalten der Menschen nach den Regeln der Hermeneutik interpretieren muß und die zwischenmenschliche Beziehung rational verständlich machen will. Das Darstellungsmittel der Sprache und der Anspruch, eine zwischenmenschliche Beziehung einsehbar darzustellen, führen dazu, diese Beziehung in den Kategorien von Gegensatz und Verständigung zu erläutern.

Gründen plausibel machen: aus der Wirklichkeit einer Gesellschaft, in der (zur Zeit) keine einzelne Gruppe die totale Macht über alle andern auszuüben vermag. In einer derart soziologisch nachweisbar relativ offenen Situation müssen sich stets eine Vielzahl von Menschen auf eine soziale Entscheidung einigen, wenn sich der gemeinsame Wille verwirklichen soll. Soweit zur Durchsetzung der Entscheidung die staatliche Organisation benutzt werden soll, gilt in der Regel auch der rechtlich normierte staatliche Willensbildungsprozeß, das Verfahren der Rechtsetzung. Das Rechtsetzungsverfahren ist jener Teil des Rechtsweges, der den Anspruch erhebt, Konflikte durch Einigung zu lösen. Denn solange das gesetzte Recht diese Konflikte nicht gelöst hat, wird sich immer wieder eine Gruppe finden, die die Forderung nach einer neuen Lösung erhebt. Ihre Forderung wird stets in dem Maße erfüllt werden, als die Gruppe für die Gesamtheit wichtige Funktionen erfüllt: Wer in der politischen Willensbildung im Rahmen eines bedeutenden Konfliktes nie „zu seinem Recht" kommt, das Vertrauen in die Bereitschaft der andern Gruppen, einen Konsens zu schaffen, verliert, der wird sich außerhalb des Rechtsweges stellen, seine Mitarbeit verweigern und auf diese Weise versuchen, die andern zum einlenken zu bringen[19]. Je differenzierter das Gesellschaftsgefüge, desto kleinere Gruppen können auf diesem Wege erzwingen, daß sich das Recht des von ihnen hervorgerufenen Konfliktes annimmt und versucht, ihn einer Lösung zuzuführen.

Soll der Rechtsweg als Mittel friedlichen Zusammenlebens tauglich sein, so muß er versuchen, immer wieder die Parteien sozialer Konflikte einigend zusammenzuführen. Dies betrifft freilich vor allem die Rechtsetzung. Aber auch die Rechtsprechung ist letztlich auf die Anerkennung ihrer Praxis durch die überwältigende Mehrheit der Rechtsgenossen angewiesen. Wohl ist der Rechtsanwendung die Macht übertragen, autoritativ Streite zu entscheiden, ohne Rücksicht auf das Einverständnis der Parteien, aber dennoch ist sie berufen, in vernünftiger Abwägung den Gehalt gerade jener Einigung, die im gesetzten Rechte liegt, oft erst klar herauszuschälen und weiterzubilden. Parteivorträge und Urteilsbegründungen sind ein Nachvollzug der gesetzgeberischen Willensbildung auf konkreter Ebene und damit zugleich eine Fortsetzung dieses Prozesses.

Recht sucht somit Konflikte durch Einigung zu beheben, weil nur diese Einigung gewährleistet, daß die Konflikte nicht außerrechtlich,

[19] Vgl. die Streikpolitik der Gewerkschaften, die außerparlamentarische Opposition der neuen Linken oder die nationalen und internationalen Terrororganisationen. Zum Konzept des Rechts als Friedensordnung, die nach Einigung strebt, aber doch über Zwangshoheit verfügen muß, weil die Einigung nie gesichert werden kann: *Ch. Perelman*, 3. Vorlesung, S. 129 ff. und 4. Vorlesung, S. 142 ff.

gewaltsam aufbrechen. Rein autoritäre Konfliktentscheidung würde nur eine Herrschaft des Zwanges und der Gewalt schaffen, die die Aufgabe des Rechtes, Friedensordnung zu sein, nicht erfüllen könnte[20]. Normativ, zumindest, soll Recht verstanden werden als ein Weg friedlicher Einigung sozial konfligierender Gruppen.

123.72 Der Rechtsweg als echte Konfliktlösung?

Die zweite Frage, die sich gegenüber der dialektischen Rechtsauffassung stellt, ist die, ob das Recht wirklich zur Aufhebung von Konflikten tauge.

Dies ist die soziologische Frage nach der Rechtswirklichkeit. Gelingt es der Rechtsordnung, den historisch gewachsenen Interessen Rechnung zu tragen, die Geschichte gewissermaßen einzufangen und bewußt umzugestalten? Das wird vornehmlich von der Offenheit des Rechtsweges abhängen: Finden neue gesellschaftliche Kräfte Zugang dazu und erlaubt er ihnen, sich in der Rechtssprache angemessen zur Geltung zu bringen? Werden Gruppen, die bedeutende soziale Interessen vertreten, zur politischen Willensbildung auf lange Zeit nicht zugelassen[21], so bilden sich schwelende Konflikte, die gewaltsam ausbrechen müssen. Dann aber versagt das Recht als umfassender dialektischer Prozeß und wird Partei in der revolutionären Auseinandersetzung[22].

Das Recht kann aber auch dadurch versagen, daß es als Sprache gewisse Konflikte nicht angemessen auszudrücken vermag. So wird etwa behauptet, die Rechtssprache sei ideologisch verfärbt und zwinge die Unterdrückten, ihre Interessen in einer von den Herrschenden geschaffenen Sprache auszudrücken — was gar nicht möglich sei. Ein Hinweis darauf könnte in der Tatsache liegen, daß Ungebildete sich weder in der Rechtsanwendung noch in der Rechtsetzung wirkungsvoll durchsetzen können[23].

---

[20] Warum Recht diese Aufgabe haben soll, ist kaum mehr begründbar, muß jedoch mit dem Streben des Menschen nach Mündigkeit, nach dialogischem Zusammenleben in Verbindung gebracht werden. Vgl. hinten Ziff. 132.34 und 132.4.

[21] Vgl. das Parteienverbot in totalitären Systemen, aber auch das Verbot der kommunistischen Partei in der Bundesrepublik Deutschland. In der Schweiz ist z. B. die Einführung des Proporzwahlsystems für den Nationalrat — und damit die angemessene Zulassung der Sozialdemokratischen Partei zum Verfahren der Rechtsetzung — eine historisch bedeutsame Öffnung des Rechtsweges gewesen, die als Antwort auf wachsende soziale Unruhen zu verstehen ist.

[22] Vgl. *Ch. Perelman*, Über die Gerechtigkeit, 4. Vorlesung, S. 142 ff.

[23] In diesen Zusammenhang gehört auch das Problem der richterlichen Vormachtstellung im Prozeß und der entsprechenden Verzerrung der Kommunikation im Gerichtsverfahren. Vgl. dazu *Rottleuthner*, S. 159 ff.

Es kann sein, daß sich die sozialen Interessen mit der Übersetzung in die Rechtssprache derart verfälschen, daß im Rechtsweg ein falsches Bewußtsein von der Konfliktsituation zur Geltung kommt[24]. Wenn auf diese Weise Rechtsbegriffe und Rechtsinstitute an der gesellschaftlichen Wirklichkeit vorbei ins Leere greifen, dann gestaltet das Recht gesellschaftliche Verhältnisse, die gar nicht bestehen, und gleicht aus zwischen fiktiven Interessen, während die wirklichen Interessen sich zum Kampf gegen die falschen Verhältnisse rüsten. Wenn das geschieht, hat das Recht als Friedensordnung versagt.

124 Aufgabe und Stellung des Juristen

Die Aufgabe des Rechtes, Dialektik konfligierender Interessen zu sein, umreißt zugleich auch eine Aufgabe der Rechtswissenschaft: in kritischer Auseinandersetzung mit der Rechtspraxis darüber zu wachen, daß diese der dem Rechte gestellten Aufgabe bestmöglich nachkommt. Rechtswissenschaft ist somit vorerst einmal berufen, Beschreibungen des Rechtsweges zu liefern, d. h. eine Theorie von Staat und Recht aufzustellen, die das Selbstverständnis des Juristen von seiner Tätigkeit klärt[25]. Sodann hat sie die Entscheidungen der Rechtspraxis zu kritisieren, d. h. darauf hin zu überprüfen, ob und in welchem Maße sie ihre Teilaufgabe innerhalb des Rechtsweges erfüllen: Entspricht das Urteil oder die Verfügung auf der konkreten Ebene dem getroffenen rechtsetzenden Entscheid; dienen beide der Rechts- und Friedensordnung? Dabei muß die Rechtspraxis einer Diskussion der zwischenmenschlichen und sozialen Folgen ihrer Entscheidungen unterworfen werden[26]. Schließlich hat die Rechtswissenschaft die Rechtssprache fortzubilden, d. h. die Argumentationszusammenhänge bereitzustellen, die die Übersetzung praktischer Interessen in entscheidbare Modelle erlauben[27]. Dabei wird die Rechtswissenschaft ebenso dialektisch verfahren wie die Rechtspraxis, mit der sie sich auseinandersetzt:

[24] Es könnte sogar sein, daß die heutige Gesellschaft überhaupt derart bewußtseinsverfälschend wirkt, daß gar keine echten Konflikte mehr erkannt und ausgetragen werden, wie das Marcuse aufzuweisen versucht hat: vgl. *Herbert Marcuse,* Der Eindimensionale Mensch, Neuwied und Berlin, 1967. Diese erkenntnisphilosophische Aporie kann hier jedoch nicht untersucht werden. In der Annahme, daß soziale Interessen und Konflikte noch erkannt werden können, beschränke ich mich in dieser Arbeit auf den Versuch, die Rechtssprache nach Möglichkeit auf den Grundwert der Menschenwürde hin zu öffnen und bestehende Verzerrungen zu vermindern oder doch zumindest bewußt zu machen.

[25] Vgl. *Rottleuthner,* S. 8.

[26] Vgl. ebd., S. 263.

[27] Z. B. die Umsetzung von konkreten Sachverhalten in typisierte Tatbestände oder die Konkretisierung von „richtigem" und „falschem" Verhalten durch Ausbildung von Rechtsgrundsätzen (Verhältnismäßigkeit, Willkür, Arglist, Treu und Glauben).

Ist sie doch selber nicht von ihrem Gegenstande distanziert wie die Astronomie von den Sternen, sondern ein Teil, eine Macht in der dialektischen Auseinandersetzung selber.

124.1 Der Jurist als Glied im Prozeß des Rechts

Der Jurist — auch wenn er sich wissenschaftlich betätigt — steht daher immer mitten in der Auseinandersetzung und stellt selber ein Moment im dialektischen Prozeß dar. Dies gilt es mit dem Gesagten klarzustellen: Der Jurist ist nicht bloß Hermeneutiker, sondern Dialektiker. Das heißt, daß er mit jeder rechtlichen Argumentation konkrete gesellschaftliche oder individuelle Interessen vertritt[28]. Jede noch so abstrakte Entwicklung entscheidbarer juristischer Modelle ist geeignet, auf die Rechtssprache und damit auf Konfliktentscheidungen durch die Rechtspraxis Einfluß zu nehmen. Jeder juristische Ausdruck, der in ein solches Modell eingeht, ist aber eine Übersetzung aus der Alltagssprache in die Rechtssprache. Sofern der juristische Ausdruck also Wertungen enthält (und wie sollte er das nicht), entnimmt er diese dem Vorverständnis des Alltags[29]. Die konkreten Interessenkonflikte des täglichen Lebens fließen ein in die Sprache und die Argumente des Juristen und nehmen auf diese Weise Einfluß auf die Entscheidungen der Rechtspraxis.

124.2 Interesse und politische Verantwortung des Juristen

Mit zunehmender sozialer Bedeutung einer juristischen Argumentation steigt auch der Einfluß der Interessenspannung auf die Arbeit des Juristen. Mitten in die Auseinandersetzung gezogen, sucht der verantwortungsbewußte Jurist nach einer vertretbaren Haltung: Diese seine Einstellung wirkt notwendigerweise ein auf sein Arbeitsergebnis. Seine politische Haltung im weitesten Sinne wird die Wahl der innerhalb des bestehenden Rechtssystems vertretbaren Argumente bestimmen. Je nachdem wird er mehr für Raumplanung oder für Privateigentum plädieren, für Sühnestrafen oder Resozialisierung, aber auch für Konventionsscheidung oder für Fortsetzung einer Ehe bis zum Eintritt tiefer Zerrüttung.

Kommt der Jurist nicht umhin, in seiner Arbeit politische Verantwortung zu tragen, so darf er seine politische Haltung nicht fraglos

[28] Ob bewußt oder nicht, ist damit nicht gesagt.

[29] Diesen Sachverhalt nimmt *Ch. Perelman* als Grundbedingung seiner „Studie über die Gerechtigkeit" (in: Über die Gerechtigkeit), S. 11: „Jede Definition eines affektiv stark gefärbten Begriffes überträgt diese affektive Färbung auf den begrifflichen Sinn, den ihr zuzumessen man sich entschließt." Erst in späteren Abhandlungen zur Gerechtigkeit findet der Autor einen Weg, über solche Begriffe und ihren Sinn rational zu argumentieren („Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkeit", ebd., S. 85 ff.).

als Grundlage seiner Arbeit annehmen. Er ist der Rechtspflege schuldig, daß er seine Einstellung durchleuchte und auf ihre Voraussetzungen und Bedingungen hin untersuche.

124.3 Forderung nach rationaler Durchleuchtung der zugrunde liegenden Interessen

Wir sind hier auf eine erste Grenze rationaler Argumentation gestoßen, die es jedoch zu durchbrechen gilt.

Der praktizierende Anwalt wird meist die Tragweite seiner politischen Haltung als gering einschätzen. Er vertraut auf das dialektische Verfahren, in dem er nur Partei ist und einen bestimmten Standpunkt einnehmen muß. Sollte dieser irgendwie politische Bedeutung tragen, so würde diese durch den Standpunkt der Gegenpartei wieder ausgeglichen. Schließlich soll ja der Anwalt Vertreter eines der widersprechenden Interessen in der Auseinandersetzung sein. Deshalb gehört seine Haltung ebensowenig unter rationale Kontrolle wie die Interessen selber, die den Widerspruch ausmachen. Das rechtliche Verfahren soll ja gerade dazu dienen, oft völlig unvernünftige Konflikte, deren Gründe vorerst rational nicht einsehbar sind, nach berechtigten Ansprüchen abzusuchen und auf möglichst rationale Weise einer Entscheidung zuzuführen. Wenn nur „vernünftige" Interessenkonflikte vor Gericht ausgetragen werden dürften, müßte Recht als Friedensordnung bald einmal versagen.

Auf der andern Seite muß der Richter aber — und auch der Anwalt, soweit er ihm klärend zur Seite stehen soll — versuchen, aus den vorgetragenen Streitargumenten den echten, zugrunde liegenden Konflikt herauszuhören, damit sein Urteil eine echte Antwort auf den Widerspruch sein kann. Denn, wo immer ein ungelöster Konfliktrest bleibt, der nur kraft autoritärer Gewalt entschieden wird, da erhebt sich der Vorwurf der Ungerechtigkeit des Urteils. Und damit wird im Kleinen bereits die rechtliche Friedensordnung in Frage gestellt: Das Vertrauen in die rechtliche Ordnung und die Bereitschaft, immer wieder den Weg des Rechts zu beschreiten, hangen davon ab, daß die Widersprüche tatsächlich und nicht nur scheinbar in der rechtlich getroffenen Lösung aufgehoben werden.

Diese Sichtweise mag für unzählige alltägliche Rechtsstreite unbedeutend sein, weil sie wenig grundsätzliche Fragen aufwerfen und geringe soziale Bedeutung haben. Wo die Rechtsordnung aber aufgerufen wird, Konflikte von tiefer menschlicher und sozialer Bedeutung friedlich auszutragen, muß sie fähig sein, die zugrunde liegenden echten Interessen klar zu erkennen und richtig zu verstehen, damit sie eine

Lösung treffen kann, in der sich die Gegensätze finden können, einen Entscheid, der echte Anerkennung findet.

Dies gilt insbesondere dort, wo Grundwerte des menschlichen Zusammenlebens betroffen sind. Es gilt besonders für jene Konflikte, die den Grundsatz der Menschenwürde in Frage stellen.

125 Forderung nach Erkenntnis der Grundkonflikte im Rechtsweg

Die Rechtspraxis zum Grundsatz der Menschenwürde muß den Grundkonflikten Rechnung tragen, auf die der Grundsatz antworten will, sie muß dem Grundsatz jenen Gehalt verleihen, der die konkrete Auflösung dieser Konflikte in je konkreten Situationen immer wieder gestattet — oder doch so gut wie möglich.

Der Rechtswissenschaft kommt die Aufgabe zu, der Praxis zu helfen, die Grundkonflikte zu erkennen und Vorschläge zu erarbeiten, die dem Grundsatz einen rationalen Gehalt verleihen, einen Gehalt, der unter den Rechtsgenossen Anerkennung findet und geeignet ist, das Vertrauen in den Weg des Rechts als echte, friedliche Konfliktsaustragung zu stärken.

Darum muß eine Arbeit, die nach dem obersten Grundsatze des Rechtsstaates fragt, zuerst nach den Konflikten fragen, die dieser Rechtsstaat beantworten soll: Welches sind die echten Grundinteressen, die in der Gesellschaft der Gegenwart aufeinanderstoßen? Sie müssen in der Rechtsordnung angemessen zur Geltung kommen, soll der Friede gesichert werden. Wie aber erkennt der Jurist die echten Konflikte, die echten Interessen? Ein Erkenntnisproblem, dem sich die Rechtswissenschaft bisher kaum gestellt hat, das aber in ihrer Nachbarwissenschaft, der Soziologie, schon zu heftigen Auseinandersetzungen geführt hat. Es geht um die Frage, wie wissenschaftliches Bemühen wahre Aussagen über den Menschen und sein Leben machen kann.

13 Handlungsorientierendes Wissen

Auch in diesem Teil der wissenschaftstheoretischen Betrachtungen kann nicht das gesamte erkenntnisphilosophische Gedankengut aufgerollt werden[1]. Nicht einmal eine gründliche Auseinandersetzung mit den wissenschaftstheoretischen Richtungen der Soziologie ist möglich.

[1] Einen juristisch fruchtbaren philosophischen Ansatz liefert *Ch. Perelman*, der dialektische Ansätze der aristotelischen Logik entwickelt und zu einem Konzept der praktischen Vernunft gelangt, das in der Rhetorik wurzelt und sich als „Argumentation vor dem universalen Auditorium" versteht: vierte Vorlesung (in: Über die Gerechtigkeit), S. 135 ff. und 153 ff.

Ich beschränke mich vielmehr auf eine Richtung, deren Ansatz gerade für die Sicht des Juristen überraschend fruchtbar erscheint.

Soll der Ansatz für die nachfolgende juristische Arbeit tauglich sein, so muß er ein explizites Verhältnis zum Problem von Sein und Sollen haben, dergestalt, daß er erlaubt, einsichtig zu machen, wie Wissenschaft das Sein der Wirklichkeit erkennen und aus dieser Erkenntnis das Sollen menschlicher Handlungen aufweisen kann. Das Wissenschaftsverständnis muß das einer praktischen, handlungsorientierenden Wissenschaft sein.

131 Wertende wissenschaftliche Erkenntnis

Die Rechtswissenschaft hat sich bisher noch kaum mit dem Problem der Erkenntnis der echten Konflikte in der Gesellschaft auseinandergesetzt, weil sie sich in dieser Frage stets an den politischen Entscheid des Gesetzgebers gehalten hat, von dem sie voraussetzen darf, daß er dank dem offenen demokratischen Entscheidungsverfahren, die wichtigsten Fragen unserer Lebensgemeinschaft angemessen beantwortet. In diesem Vertrauen werden Rechtsnormen übersehen, die wie der Grundsatz der Menschenwürde nicht Ergebnis einer politischen Ausmarchung sind, sondern entweder ausschließlich Richterrecht darstellen oder doch aus einem einzigen, äußerst unbestimmten Rechtsbegriff bestehen, der erst aus der Praxis einen konkreten Gehalt gewinnen kann. Solchen Rechtsnormen gegenüber steht die Rechtswissenschaft vor einem ungewohnten Erkenntnisproblem: Es geht darum, in einen freien, positivrechtlich kaum vornormierten Raum auf möglichst objektive, d. h. methodenklare[2] Weise den wertausfüllungsbedürftigen Begriff zu konkretisieren. Wenn wir erkennen wollen, was in unserer heutigen Rechtsordnung richtigerweise Menschenwürde bedeuten soll, müssen wir eine Methode finden, die uns in die Lage versetzt, einerseits zu erkennen, in welchem Maße Menschenwürde heute gelebt und verwirklicht wird, und anderseits Kriterien anzugeben, die die Richtung weisen, in der eine Vermehrung dieses Maßes heute möglich ist, damit nicht einerseits die „normative Kraft des Faktischen" den Gehalt der Menschenwürde auf dem heutigen Stand der Rechts- und Gesellschaftsordnung einfriere, noch anderseits in das Gebot hineingelegt werde, was dem Interpreten je subjektiv wünschbar scheint.

Die Methode der Rechtswissenschaft bietet die geforderte Orientierung nur innerhalb des Rahmens einer bestimmten Rechtsordnung, vornehmlich anhand des gesetzten Rechtes. Der volle Gehalt der Menschenwürde kann jedoch in diesem Rahmen nicht erfaßt werden. Die Menschenwürde auf den Gehalt der geltenden Rechtsordnung fixieren

---

[2] Vgl. *Friedrich Müller*, Methodik, S. 122.

hieße, sie künftig jeglicher Rechtskraft im Rahmen dieser Rechtsordnung berauben. Daher muß ihr wegweisender Charakter erfaßt werden, der sie zur Richtschnur der Rechtspraxis werden läßt. Der Interpret muß in der Konkretisierung der Menschenwürde daher rechtspolitisch argumentieren, d. h. versuchen, die Menschenwürde als rechtsfortbildenden Grundsatz zu fassen. Dabei wird er unwillkürlich von allgemeinen Zielvorstellungen und leitenden Interessen ausgehen, die außerrechtlicher oder vorrechtlicher Natur sind und die sein allgemeines oder philosophisches Vorverständnis ausmachen. Dieses wird aber dem sog. juristischen Vorverständnis sehr nahe kommen, weil in letzten Grundfragen Recht und Philosophie nur beschränkt voneinander abgegrenzt werden können[3]. Die richtungsweisende Funktion dieser Vorverständnisse muß daher unter Kontrolle gebracht werden. Es muß eine wissenschaftliche Anleitung gefunden werden, die erlaubt, solche allgemeine Zielvorstellungen rational, d. h. diskutierbar zu machen und Kriterien dafür anzugeben, welche Zielvorstellungen „richtig" oder „wahr" sind.

Gefragt ist somit nach der Möglichkeit wissenschaftlicher Anleitung in der Rechtsfortbildung durch den Interpreten. Allgemeiner gefaßt lautet die Frage: Ist handlungsorientierende Erkenntnis überhaupt möglich, und wie kann sich das Element der Orientierung, der Richtungsweisung dieser Erkenntnis (das Erkenntnisinteresse als Handlungs- bzw. Entscheidungsinteresse des Juristen) legitimieren?

132 Das Modell der „Kritischen Theorie"

Diesem Fragenkreis ist — bezogen auf die Sozialwissenschaften — im Rahmen der sogenannten „Kritischen Theorie" der Frankfurter Schule vor allem *Jürgen Habermas* nachgegangen. Sein wissenschaftstheoretisch sehr kompliziert gefaßtes Konzept eignet sich in den Grundzügen recht gut zur Darstellung und Lösung des Erkenntnisproblems des Juristen, der den Gehalt eines unbestimmten Verfassungsgrundsatzes objektiv erfassen will[4].

---

[3] Vgl. die Unterscheidung der beiden Vorverständnisse bei *F. Müller*, S. 121.

[4] *J. Habermas*, Theorie und Praxis, bes. S. 231 ff. (zur Fragestellung, S. 16); Technik, S. 153 ff., bes. S. 163 f.; Erkenntnis und Interesse, bes. S. 234 ff.; Positivismusstreit, S. 155 ff. (bes. S. 163 ff.); Zur Logik, S. 285 ff.; sowie *Albrecht Wellmer*, Kritische Gesellschaftstheorie, S. 30 ff., bes. S. 50 ff.

Die folgende Darstellung der Grundzüge des wissenschaftstheoretischen Konzeptes von Jürgen Habermas versucht, die schwer verständliche Sprache des Frankfurter Sozialphilosophen wo immer zulässig zu vereinfachen und allgemein verständlich zu machen. Dabei wird in Kauf genommen, daß in Einzelheiten Ungenauigkeiten auftreten, die die Darstellung für die Auseinandersetzung unter Sozialwissenschaftlern unbrauchbar machen mögen. Es soll hier jedoch kein Beitrag zur kritischen Theorie als solcher geleistet werden. Auch wird darauf verzichtet, zum „Positivismusstreit" zwischen Adorno und Popper, Habermas und Albert Stellung zu beziehen, da diese Ausein-

Wer mit Habermas nach wertender wissenschaftlicher Erkenntnis sucht, wird von allem Anfang an sich und sein Unterfangen relativieren müssen.

Er wird sich bewußt sein müssen, daß er selber Teil des Geschehens ist, das er untersucht, daß er selber befangen ist in den gesellschaftlichen Konflikten und in der Auseinandersetzung der Interessen, und daß er durch diese seine Lage in seinem Denken mitbestimmt wird.

Er wird, obwohl er weiß, daß diese Verstrickung für ihn wie für seine Mitmenschen unentrinnbar ist, versuchen müssen, durch die Vielzahl der Erscheinungen dieser Konflikte und Interessen hindurch jene Standpunkte und jene Werte zu erkennen, die „echt" sind, die wirklich die treibende Kraft des Geschehens darstellen.

Schließlich wird er sich eingestehen müssen, daß diese seine wertende Erkenntnis stets hypothetischen Charakter tragen wird: Sein Wissen um die „echten" Interessen und Werte, die die Gemeinschaft seiner Mitmenschen tragen und den Gang ihrer Geschichte lenken (und die die Rechtsordnung daher in sich aufnehmen muß), kann nicht beweismäßig gesichert werden. Seine Erkenntnis mag zwar einleuchten, überzeugen; ob sie wahr ist, kann sich aber erst erweisen, wenn danach gehandelt wird.

132.1 Bedingungen handlungsorientierender Wissenschaft

Eine erste Bedingung handlungsorientierender Erkenntnis ist nach Habermas ihre Verwurzelung in der praktischen, vorwissenschaftlichen Erfahrung[5]. Begriffe und Methoden einer Wissenschaft vom menschlichen Leben müssen diesem Leben entsprechen. Sie dürfen nicht aus einem abstrakten Gedankensystem abgeleitet werden, das nur zufällig und scheinbar auf die Wirklichkeit paßt, sondern müssen dieser Wirklichkeit entnommen sein[6]. Diese Verbundenheit des wissenschaftlichen

---

andersetzung für die gestellte Frage nicht fruchtbar erscheint (vgl. *Adorno* et al, Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie, Neuwied und Berlin 1972).

Von der kritischen Theorie soll bloß ein Modell rationaler Kontrolle grundlegender Orientierungen im wissenschaftlichen Arbeiten gewonnen werden. In diesem Zusammenhang wird auch darauf verzichtet, das bedeutsame Konzept der zwei Handlungstypen, nämlich „Arbeit" als zweckrationales Handeln, das technischen Regeln oder Strategien folgt, und „Interaktion" als kommunikatives Handeln, das sich nach anerkannten Normen zwischenmenschlicher Beziehung richtet, darzustellen (vgl. die knappste Darstellung in *J. Habermas*, Technik und Wissenschaft als ‚Ideologie', Frankfurt a. M. 1968, S. 48 ff., besonders S. 62 f.).

Im Gegensatz zu *Wolfgang Naucke* (Naucke / Trappe, S. 91) scheint mir, daß die kritische Theorie auch für die praktischen Bedürfnisse der Jurisprudenz einiges hergibt. Dies zu zeigen soll in dieser Arbeit versucht werden.

[5] *Habermas*, Positivismusstreit, S. 155 ff., bes. S. 159 f.

[6] Ebd., S. 157.

Ansatzes mit seinem Gegenstand ergibt sich bereits aus dem „Fond einer vorwissenschaftlich akkumulierten Erfahrung“[7], der Lebensgeschichte des Forschers also, in welcher der Bildung besondere Bedeutung zukommt. „Diese vorgängige Erfahrung der Gesellschaft als Totalität lenkt den Entwurf der Theorie, in der sie sich artikuliert und durch deren Konstruktionen hindurch sie von neuem an Erfahrungen kontrolliert wird[8].“ Dieser vorwissenschaftliche Entwurf ist ein hermeneutischer Vorgriff auf das Ganze, der sich dadurch bewähren muß, daß er sich als der Sache angemessen erweist und sich sodann in der Auseinandersetzung mit der gesellschaftlichen Wirklichkeit behauptet. Denn der Vorgriff, den die vorwissenschaftliche Erfahrung erlaubt — und zugleich auch erzwingt —, erfolgt stets in praktischer Absicht: mit dem Willen, innerhalb der menschlichen Gemeinschaft in bestimmter Richtung zu wirken. (Darin liegt denn auch der Grund für die Suche nach handlungsorientierender Erkenntnis.)

Auch eine dialektische Theorie der Gesellschaft, wie sie Habermas vertritt, setzt bei der Untersuchung und Interpretation der Quellen an und sucht sie so zu verstehen, wie sie sich selber darstellen[9]. Dialektisches Denken nimmt das Selbstverständnis der Menschen in ihrer geschichtlichen Situation in sich auf, „freilich überholt es den subjektiv vermeinten Sinn gleichsam im Gang durch die geltenden Traditionen hindurch und bricht ihn auf. Denn die Abhängigkeit dieser Ideen und Interpretationen von den Interessenanlagen eines objektiven Zusammenhangs der gesellschaftlichen Reproduktion verbietet es, bei einer subjektiv sinnverstehenden Hermeneutik zu verharren“[10]: Zusätzlich zum hermeneutischen Verständnis einer Situation aus den zeitgenössischen Quellen heraus verlangt der dialektische Ansatz noch die Kausalanalyse der vorgefundenen Ideen und Interpretationen auf ihre gesellschaftliche Bedingtheit hin[11].

Nach Habermas sind Geschichte und Gesellschaft von dialektischen Bewegungsgesetzen durchdrungen. Diese wirken nicht kausal, sondern bloß richtungsweisend, tendentiell, und nur insofern, als sie den Menschen als Möglichkeit bewußt werden, und soweit, wie die Menschen sie verwirklichen. Geschichte schreitet fort im Dreischritt von gegebenem objektivem Zusammenhang „fundamentaler Interessenanlagen“ und Abhängigkeitsverhältnisse — subjektiver Bewußtwerdung möglicher Gestaltung dieses Zusammenhanges — praktischer Synthese der gegebenen Situation mit der gewollten Veränderung durch den Menschen.

[7] Ebd., S. 159.
[8] Ebd., S. 160.
[9] Ebd., S. 164.
[10] Ebd.
[11] Vgl. *Theodor Adorno*, Positivismusstreit, S. 100 f.

Im Kurztext: Geschichte ist die Dialektik gesellschaftlicher Bedingungen menschlichen Handelns und menschlicher Veränderung gesellschaftlicher Verhältnisse.

132.2 Hypothetische Natur handlungsorientierender Wissenschaft

Die Wissenschaft, die sich mit Geschichte und Gesellschaft befaßt, interpretiert ihren Gegenstand — ein historisches Ereignis, ein soziales Problem — im Lichte der Ideen und des Selbstverständnisses, das die im Ereignis oder im Problem befangenen Menschen ihr bezeugen, und kritisiert dieses Selbstverständnis sodann im Hinblick auf seine Bedingtheit durch die herrschenden Interessenanlagen. Diese können wiederum nur aus den Handlungen und Interpretationen der Zeitgenossen erschlossen werden. Die wissenschaftliche Dialektik besteht dergestalt in der „wechselseitig sich überbietenden Kritik" von Hermeneutik und (historischer) Kausalanalyse[12].

Die Wissenschaft von der Gesellschaft ist aber, als menschliche Handlung, auch selber von den gesellschaftlichen Bedingungen abhängig, und stellt ein Moment der gesellschaftlichen Dialektik dar: Der Wissenschaftler ist ein Mensch, der mitten in der gesellschaftlichen Auseinandersetzung steht und versucht, den dialektischen Prozeß, der ihn bewegt, zu verstehen und mitzugestalten: Seine Theorie verfolgt stets die praktische Absicht, „Geschichte zu machen". Derart steht die Theorie selber in dialektischer Beziehung zu ihrem Gegenstand, der Gesellschaft, und entwickelt sich in der Auseinandersetzung mit ihm. Dialektische Gesellschaftstheorie bestätigt sich nur im zukünftigen Gang der Geschichte, und zwar dadurch, daß sie die latenten Entwicklungstendenzen der Geschichte richtig erfaßt und den Menschen bewußt macht, so daß diese die geschichtlichen Möglichkeiten ergreifen und verwirklichen. „Gesellschaft enthüllt sich in den Tendenzen ihrer geschichtlichen Entwicklung ... erst von dem her, was sie (noch - A. d. V.) nicht ist"[13]. Folgerichtig sagt Habermas von der Dialektik: „Ihr Beweis wäre einzig die ausgeführte Theorie selber[14]."

Deutlicher erläutert Habermas diese Öffnung der Gesellschaftstheorie in die Zukunft hinein anhand der marxistischen These, die Entfremdung des Menschen sei aufzuheben und könne praktisch aufgehoben werden: „Die These ist richtig, wenn sich die objektiven Bedingungen

---

[12] *Habermas,* Positivismusstreit, S. 165. Zum Problem der Beschränkung der Hermeneutik der Traditionen durch ein (z. T.) kausal erfaßbares Bezugssystem von Realitätszwängen vgl. *Habermas* gegen H. G. Gadamer in: Zur Logik, S. 283 f., 285 ff.

[13] *Habermas,* Positivismusstreit, S. 165.

[14] Ebd., S. 169.

der Möglichkeit solcher Aufhebung historisch-soziologisch nachweisen lassen; die These ist wahr, wenn zu diesen objektiven Bedingungen die subjektiven hinzutreten, und nach kritischer Vorbereitung die Aufhebung praktisch durchgeführt wird[15]."

Auf weniger straffe, aber dafür anschaulichere Weise greift *Albrecht Wellmer* den Gedanken von Habermas auf, wenn er sagt:

„Die kritische Theorie läßt sich leiten von einer Idee des ‚guten Lebens', die sie als Bestandteil der von ihr analysierten historisch-gesellschaftlichen Situation immer schon vorfindet; die als die Idee einer Anerkennung jedes durch jeden als Person, als die Idee eines zwanglos-dialogischen Zusammenlebens der Menschen ein in den Traditionen und Institutionen der Gesellschaft immer schon bruchstückhaft verkörperter Entwurf eines Sinnes der Geschichte ist, den sie kritisch gegen die Gesellschaft und die herrschenden Formen ihres Selbstverständnisses wendet. Indem sie diesen Sinn der Geschichte konkretisiert zum Entwurf des objektiv notwendigen und möglichen nächsten Schrittes, zur bestimmten Negation der vorgefundenen gesellschaftlichen Unfreiheit, unterwirft sie sich einem doppelten Maßstab: sie *lebt* allein von der reflektierten Anerkennung derer, ‚die für sie sprechen und Handeln', und sie kann sich allein *bewähren* auf dem Wege der gelingenden gesellschaftlichen Praxis, die ein Stück konkreter Unfreiheit beseitigt. Mit anderen Worten: die Diagnose, die sie der Gesellschaft stellt, und ihr Entwurf künftiger Praxis können sich letztlich nur bewähren in der freien Anerkennung derer, die eine von dieser Theorie geleitete Veränderung der Gesellschaft als reale Befreiung erfahren haben. (Darum) ... muß die kritische Theorie ihren hypothetischen Status eingestehen; sie begreift sich als Moment einer experimentellen historischen Praxis, deren Erfolgskriterium die gelingende Emanzipation selbst ist[16]."

---

[15] *Habermas*, Theorie und Praxis, S. 322, vgl. auch S. 310.

[16] *Albrecht Wellmer*, Kritische Gesellschaftstheorie, S. 41 f. Das Eingeständnis der hypothetischen Natur der kritischen Theorie begegnet einem Einwand von *Harald Pilot* (Positivismusstreit, S. 332), der geltend macht, sogar die Idee der Mündigkeit sei in einer unmündigen Gesellschaft noch ideologisch verzerrt, weshalb sie nicht unmittelbar als Richtschnur dienen könne. Wellmer gibt zu, daß die Idee der Freiheit ein problematisches „Vorurteil" bleibt: „Erst ein neuer Zustand erfahrener Freiheit kann die Antizipation möglicher Freiheit bestätigen und zu allgemeiner Anerkennung bringen. Das heißt ..., daß die Degenerierung einer durch emanzipatorische Kritik begründeten Praxis eine strukturelle Gefahr emanzipatorischer Praxis solange bleiben muß, wie diese Praxis nur unter Bedingungen einer verzerrten Kommunikation, d. h. fortdauernden Natur- und Herrschaftszwanges, geschehen kann und damit der Gefahr einer ideologischen Selbsttäuschung ausgesetzt bleibt. Wir sind als Unfreie der Idee der Freiheit und des guten Lebens mächtig und sind ihrer doch nicht mächtig" (Kritische Gesellschaftstheorie, S. 51).

In gleichem Sinne mahnt *Michael Theunissen* (Gesellschaft und Geschichte, S. 28 ff.) vor der Verabsolutierung, die der kritischen Theorie droht, wenn sie sich die Kraft der reinen Reflexion zumißt, deren Maßstäbe a priori einsehbar seien und der ideologischen Verfälschung unzugänglich. Das Eingeständnis historischer Relativität und die Forderung Habermas', Kritik müsse stets auch Selbstkritik sein, gebieten, „wenigstens die Möglichkeit eines unaufgehellten Interessenrestes offenzuhalten, eines Restes, in wel-

Die kritische Theorie bleibt demnach Entwurf, Arbeitshypothese für die Menschen, die ihre Geschichte bewußt mitgestalten wollen. Sie unterscheidet sich darin keineswegs von anderen Gesellschaftstheorien: Immer schwebt ein bestimmter Entwurf eines Menschenbildes vor, das letztlich nur in der Überzeugung der Menschen lebt und nur in der praktischen Verwirklichung durch die ganze Gemeinschaft wahr werden kann.

132.3 Kritik des erkenntnisleitenden Interesses

Die kritische Theorie ist nun aber — und das zeichnet sie aus — in besonderem Maße selbstkritisch und sucht ihre subjektive Komponente bewußt zu machen, um gerade auch diese kritisch auf ihre Bedingtheit durch die gesellschaftlichen Verhältnisse zu prüfen. Sie erhebt sich selber gegenüber die Forderung, ihre praktischen Absichten dialektisch aus dem objektiven Zusammenhang der gesellschaftlichen Verhältnisse zu legitimieren[17]. Denn nur wenn ihr dies gelingt, kann sie sich die gesuchte wissenschaftliche Orientierung im praktischen Handeln erhoffen[18].

Das erkenntnisleitende Interesse, das jene praktische Absicht bestimmt und der Wissenschaft die handlungsorientierenden Impulse verleiht, muß daher kritisch überprüft werden.

132.31 Erkenntnisleitende Interessen

Die erkenntnisleitenden Absichten lassen sich nicht philosophisch aus der Idee der praktischen Vernunft ableiten, sondern müssen sich auf die Bedingungen des gesellschaftlichen Lebens gründen[19]. Deshalb muß eine kritische Wissenschaft „ihre *eigene* historische Herkunft aus dem objektiven Zusammenhang von Interessen, Ideologien und Ideen bewußt machen“ und ihre eigene Befangenheit in den Traditionen reflektierend zu durchbrechen suchen[20].

Unter den Interessen, die derart die Orientierung der Erkenntnis bestimmen, versteht Habermas fundamentale Einstellungen, die aus der kulturellen Antwort entstammen, die eine Gesellschaft auf die objektiv gestellten Probleme der Selbsterhaltung und Fortbildung der Menschengattung gefunden hat[21].

---

chem sich das Affiziertsein durch die ideologisch verzerrten Normen des Bestehenden niederschlägt“ (S. 36).

[17] *Habermas*, Theorie und Praxis, S. 229 Anm. 1.

[18] *Habermas*, Positivismusstreit, S. 166.

[19] *Habermas*, Theorie und Praxis, S. 311.

[20] Ebd., S. 229 Anm. 1.

[21] *Habermas*, Erkenntnis, S. 242.

132.32 Das Selbsterhaltungsinteresse

Menschliches Streben nach (wissenschaftlicher) Erkenntnis hat seit jeher im Dienste des Überlebens, der Selbsterhaltung der Menschengattung gestanden. Das Interesse an Selbsterhaltung ist jedoch in jedem Falle durch die kulturellen Lebensbedingungen und besonders durch die Erfahrungen von Not, Leiden und Gewalt geprägt, an denen sich die Idee des ‚guten Lebens' entzündet[22]. Unter den Bedingungen natürlichen und gesellschaftlichen Zwanges wird Erkenntnis daher stets von einem Interesse an Freisetzung aus bestehendem Zwang und herrschender Not getragen sein, und auf die Idee des guten Lebens gerichtet. „Das ‚Gute' ist dabei weder Konvention noch Wesenheit, es wird phantasiert, aber es muß so genau phantasiert sein, daß es ein zugrunde liegendes Interesse trifft und artikuliert[23]": eben das Interesse an der gesellschaftlich möglichen Freisetzung von bestehenden Zwängen.

132.33 Das „emanzipatorische Interesse"

Legitim ist danach jenes Erkenntnisinteresse, welches die den herrschenden kulturellen Lebensbedingungen entsprechende Idee des guten Lebens so anspricht, daß darin das praktisch mögliche Maß von Freisetzung der Menschen zum Ausdruck kommt.

Dieses „emanzipatorische Interesse" geht legitimerweise in die praktisch orientierte Erkenntnis ein als ein Vernunftinteresse, das die geltenden Traditionen im Lichte der utopischen Idee der Freiheit kritisiert.

Wie die Aussagen der kritischen Theorie muß auch das sie leitende Interesse an Erkenntnis sich als *richtig* erweisen, indem es den objektiven gesellschaftlichen Bedingungen möglicher Freisetzung Rechnung trägt. *Bewahrheiten* kann sich das erkenntnisleitende Interesse der kritischen Theorie nur, wenn es sich als künftige Triebfeder menschlicher Lebensgestaltung erweist, d. h. tatsächlich die Idee des guten Lebens in einer Form umschreibt, die die Menschen zur Handlung zu bewegen vermag.

132.34 Das Interesse an Vernunft — Vernunft als Interesse an Mündigkeit

Das Interesse an der möglichen Freisetzung des Menschen nimmt nach Habermas notwendigerweise die Form des Vernunftinteresses an, solange die Menschen ihr Leben „unter dem pathologischen Zwang einer verzerrten Kommunikation erhalten müssen"[24]. Die Erfahrung

[22] Vgl. *A. Wellmer,* Kritische Gesellschaftstheorie, S. 50.

[23] *Habermas,* Erkenntnis, S. 350.

[24] Ebd.

von Not schafft einen „Leidensdruck", aus dem unmittelbar ein Interesse an Aufklärung erwächst; damit ist der Anstoß zur Reflexion, zum Überdenken und Erforschen der Lebensbedingungen und ihrer Geschichte gegeben[25]. Auf diese Weise gelangt das Interesse an Befreiung durch Reflexion zur Deckung mit rationaler Einsicht[26]: Die „Erfahrung der emanzipativen Kraft der Reflexion", die der einzelne Mensch (z. B. in der Psychoanalyse) an sich erfährt, wenn er sich seiner Entstehungsgeschichte und der Bedingungen seiner Existenz bewußt wird, führt zwanglos zur Übereinstimmung von Vernunft und Wille zur Vernunft[27]. Und was subjektiv für den einzelnen stimmt, gilt hier auch für die Menschengattung: Wenn wir die Vernunft als menschliche Fähigkeit zur Erkenntnis und Kritik im Zusammenhang mit der Entwicklung des Menschen unter kontingenten Naturbedingungen begreifen, dann wird die Vernunft vom Willen zur Vernunft getragen; dann stimmt es nicht mehr, daß die menschliche Vernunft ein Interesse in sich trägt, vielmehr ist es dann eigentlich das Interesse, das die Vernunft in sich trägt[28].

Wie beim einzelnen Individuum in der Selbstreflexion die „Erkenntnis um der Erkenntnis willen mit dem Interesse an Mündigkeit zur Deckung" gelangt[29], so ist auf gesellschaftlicher Ebene „das Vernunftinteresse ... ein Zug zur fortschreitenden kritisch-revolutionären, aber versuchsweisen Verwirklichung der großen Menschheitsillusionen, in denen die unterdrückten Motive zu Hoffnungsphantasien ausgearbeitet worden sind"[30].

Damit ist auf allgemeinster Ebene ein Weg gewiesen zur Rechtfertigung von Erkenntnisinteressen: Legitim erscheint jener Ansatz, der „das Interesse der Vernunft an Mündigkeit, an Autonomie des Handelns und Befreiung von Dogmatismus vorantreibt"[31].

132.4 Das Leitbild der Gesellschaft mündiger Menschen

Habermas begreift das einer Wissenschaft vom Menschen und seiner Gesellschaft anstehende Interesse an Vernunft als Ausrichtung auf das Ziel einer Gesellschaft mündiger Menschen[32]. Diese Leitidee kann in ihrer allgemeinen Form leicht verständlich und plausibel gemacht wer-

---

[25] Ebd.
[26] *Habermas,* Theorie und Praxis, S. 231.
[27] *Habermas,* Erkenntnis, S. 244.
[28] Ebd., S. 349.
[29] Ebd., S. 244.
[30] Ebd., S. 350.
[31] *Habermas,* Theorie und Praxis, S. 233.
[32] Ebd., S. 239.

den. Sie findet sich in unzähligen Zeugnissen des europäischen Kulturkreises ausgedrückt.

Wohl jeder Mensch dieses Kulturkreises trägt in sich ein Sehnen, ein Wünschen nach dem „besseren Leben", wie er sich das auch vorstellen mag. Der Mensch hofft. Am eindrücklichsten hat diese echt utopische Ausrichtung des Menschen wohl *Ernst Bloch* dargetan[33]. Wir handeln alle geleitet über Vorstellungen über das, was wir tun, wir entwerfen das Ergebnis unserer Arbeit, das „Ziel" schlechtweg, in einem „Traum nach vorwärts"[34]. Der Mensch träumt von einem besseren Leben, und wenn dieser Traum bewußt wird, so wird er utopische Kraft im Menschen, dieses bessere Leben zu schaffen[35].

Welcher Art dieses Streben des Menschen ist, kann nicht abschließend festgestellt werden; Hinweise scheinen jedoch möglich. So legt Habermas überzeugend dar, daß der Mensch durch seine wesentlichste Fähigkeit, die Sprache, unmittelbar zur Mündigkeit aufgerufen ist: Denn „mit dem ersten Satz ist die Intention eines allgemeinen und ungezwungenen Konsensus unmißverständlich ausgesprochen"[36].

Wie auch immer die Begründung des menschlichen Strebens nach Mündigkeit, bewußter, freier Kommunikation gleichberechtigter Menschen ausfallen mag: ob ontologisch im Wesen des Menschen verankert, ob theologisch aus dem Satze vom Ebenbild Gottes hergeleitet oder psychologisch von der Minderwertigkeitssituation des Kindes her konstruiert, stets haben die Menschen sich und ihren Mitmenschen jenes *Streben* nach Vernunft, Freiheit und Gleichberechtigung zugeschrieben

---

[33] *Ernst Bloch,* Das Prinzip Hoffnung.

[34] Ebd., S. 85.

[35] Ebd., „Entdeckung des Noch-Nicht-Bewußten oder der Dämmerung nach vorwärts", S. 129 ff.

[36] *Habermas,* Technik, S. 163. Habermas verwendet diesen Rückgriff auf die Sprache freilich zur Begründung des Satzes: „Das Interesse an Mündigkeit schwebt nicht bloß vor, es kann a priori eingesehen werden." Damit wird in die kritische Theorie, die sich sonst die geschichtliche Relativität aller Erkenntnisse deutlich eingesteht, ein ungeschichtliches, absolutes Element eingeführt. *M. Theunissen* (Gesellschaft und Geschichte, S. 38) kritisiert dies wohl mit Recht als ein „Manöver", die Geschichtlichkeit auch der obersten Maßstäbe der kritischen Theorie zu verschleiern, wodurch diese auf die Ebene einer „objektivistischen Naturontologie" (S. 13) zurückzufallen droht. Stattdessen „scheint es geboten, auch in diesem Punkt an der ursprünglichen Intention der kritischen Theorie festzuhalten und auf die Abhängigkeit auch ihrer obersten Prinzipien von faktischer Geschichte zu reflektieren" (S. 39).

Daß die Sprache als Fähigkeit des Menschen auf herrschaftsfreie Kommunikation hinweist, kann jedoch auch praktisch und ohne Rückgriff auf ontologische Konzepte einsichtig gemacht werden: „Das Verstehen eines Satzes kann nicht durch Gewalt erzwungen werden; sprachliche Kommunikation ist nur möglich, wenn Herrschaft wenigstens partiell außer Spiel gesetzt ist" *(H. Pilot,* Positivismusstreit, S. 329).

— selbst wenn sie den andern die *Fähigkeit* oder das *Recht* dazu abgesprochen haben. Die Annahme eines solchen Strebens ist erste Voraussetzung für den Versuch sprachlicher Verständigung überhaupt. Eine wissenschaftliche Auseinandersetzung über Fragen des menschlichen Zusammenlebens ist undenkbar ohne die Anerkennung des Gesprächspartners als eines letztlich gleichberechtigten, relativ freien und der Vernunft verpflichteten Menschen.

Im folgenden kann deshalb von dieser Annahme ausgegangen werden, ohne daß sie noch der weiteren Begründung bedürfte. Es ließe sich wohl bei jedem Denker unseres Kulturkreises jenes Streben nach Mündigkeit aufweisen, jenes emanzipatorische Interesse, das als Grundlage philosophischer Anstrengung überhaupt gelten kann[37].

132.41 Die Gefahr der Ideologisierung

Das Bewußtsein, sich auf eine Tradition freier Denker und um Freiheit ringender Menschen und Völker stützen zu können, vermag freilich keine absolute Sicherheit zu gewähren, denn die Einigkeit auf der allgemeinsten, abstrakten Ebene bedeutet nicht Übereinstimmung in der konkreten Ausgestaltung der Ideen und Konzepte von Vernunft, Freiheit, Mündigkeit durch die einzelnen Menschen, an ihrem Ort und zu ihrer Zeit. Jeder muß selber wieder den Mut zum Entscheid für die Freiheit aufbringen, auf die Gefahr hin, aus der eigenen Verstrickung in den gesellschaftlichen Zwängen heraus den Gehalt dieser Freiheit ideologisch zu färben.

Der Entscheid von Menschen, die uns vorangegangen sind, entbindet uns zwar nicht von der eigenen Verantwortung. Aber der Hinweis darauf, daß des Menschen Streben schon seit jeher auf Befreiung von Zwang gerichtet ist, und daß der Mensch immer wieder eine Polis, eine Gemeinschaft mündiger Menschen anstrebt, legt doch nahe, daß es sich hier um ein Fundamentalinteresse des Menschen handelt, um dessentwillen es sich lohnt, die Gefahr der Verfälschung zu riskieren.

132.42 Die Analyse vorfindlicher Traditionen

Diese Gefahr verringert sich in dem Maße, in dem die wissenschaftliche Kritik sich an den vergangenen und den gegenwärtigen Zeugnissen des menschlichen Strebens nach Freiheit mißt und diese Tradition zu durchleuchten sucht. So kann der Gehalt von Verfassungen und Men-

---

[37] Diese Arbeit ist auch von Jürgen Habermas und anderen bereits teilweise geleistet worden. Vgl. *Habermas,* Theorie und Praxis, bes. S. 231 ff., Erkenntnis, bes. S. 234 ff. Eine philosophische Deutung des Emanzipationsstrebens in der Neuzeit findet sich z. B. bei *Hans Ryffel,* Rechts- und Staatsphilosophie, Neuwied und Berlin 1969, S. 299 ff.

schenrechtserklärungen ebenso untersucht werden wie die Thesen maßgebender Philosophen. Sie alle ergeben ein Kulturbild der Freiheit der mündigen Person und der Gemeinschaft freier Menschen, das Geschichte und Gegenwart durchdringt und auch unsere Zukunft mitgestalten wird.

Weil die Idee der „Anerkennung jedes durch jeden als Person" und die Idee des „zwanglos-dialogischen Zusammenlebens der Menschen", also: das Bild der Gemeinschaft mündiger Menschen „ein in den Traditionen und Institutionen der Gesellschaft immer schon bruchstückhaft verkörperter Entwurf eines Sinnes der Geschichte ist"[38], kann sich das kritische Interesse, das sich als Wille zur Vernunft und Mündigkeit verstehen will, in der Auseinandersetzung mit jenen Traditionen und Institutionen vor der Ideologisierung bewahren. Dabei gilt es, die Form zu erkennen, in der dieses emanzipatorische Interesse heute richtigerweise vertreten werden kann: Es muß auf die Bedingungen zugeschnitten werden, unter welchen die allgemeine Forderung heute als Anspruch geltend gemacht werden kann.

Die Bedingungen des Zusammenlebens, d. h. insbesondere die bestehenden Herrschaftsstrukturen müssen daher im Lichte des emanzipatorischen Interesses untersucht werden. Dabei sind die „auf Herrschaftserhaltung oder Herrschaftsaufhebung gerichteten Tendenzen"[39] in der gesellschaftlichen Auseinandersetzung aufzudecken, indem gefragt wird, in welchem Verhältnis die beteiligten Kräfte und Interessenrichtungen zum Zielbild der Gesellschaft mündiger Menschen stehen:

Die Kritik untersucht die „dialektische Bewegung der historischen Auseinandersetzung um Herrschaft" und enthüllt die Möglichkeit der Veränderung der politischen Strukturen. „Der Hinweis, in welcher Richtung sie verändert werden sollen, folgt aus dem Widerspruch, in den diese verdinglichten Beziehungen zwischen Menschen zu konkreten menschlichen Interessen geraten. In diesem Vorgang artikuliert sich ein auf die Zukunft gerichtetes, aber von der realen Erfahrung der gegenwärtigen Gesellschaft ausgehendes Interesse an der rationaleren Einrichtung der Gesellschaft[40]."

Das Interesse an der Vernunft, an der Mündigkeit des Menschen muß sich also auf jene Interessen im historischen Konflikt stützen, die erkennbar auf die Gemeinschaft freier kommunizierender Menschen abzielen, und jene Interessen entlarven, die dieser Entwicklung entgegenstehen.

---

[38] *A. Wellmer,* Kritische Gesellschaftstheorie, S. 41.

[39] *Jörg Kammler,* Gegenstand und Methode der politischen Wissenschaft, in: Einführung in die politische Wissenschaft, S. 17.

[40] Ebd.

Damit ist in allgemeinen Begriffen aufgezeigt, in welcher Weise nach der kritischen Theorie die Zielvorstellung der Mündigkeit eine Sichtung und Bewertung des Geschehens in Geschichte und Gesellschaft erlaubt. Die Richtung, die „Orientierung" ist gegeben. Was aussteht, ist das Maß, mit dem an einem bestimmten Ort und zu einer bestimmten Zeit gemessen werden soll. In welchem Maß kann in einer konkreten Situation verlangt werden, daß sich die Zielvorstellung verwirkliche? Welches ist die hier und heute angemessene Forderung nach Mündigkeit?

Bevor diese Frage angegangen wird, sei die allgemein-begriffliche Darstellung der Ausrichtung der kritischen Theorie an einem für sie zentralen Beispiel anschaulicher erläutert.

132.43 Exkurs: Die Verdinglichung menschlicher Beziehungen

Nach der kritischen Theorie weist die jüngere Geschichte auf einen zunehmenden Prozeß der Verdinglichung der Beziehungen zwischen den Menschen hin[41]:

Im 17. Jahrhundert entstand die moderne Physik aus der Perspektive und den Interessen des handwerklichen Betriebes, der sich mechanisierte: Das Naturgeschehen wurde in Analogie zur Manufaktur mechanistisch gedeutet, das Weltbild nach den erwachenden technischen Möglichkeiten des Menschen neu geformt. Zugleich entwickelten sich neue Formen der wirtschaftlichen Beziehung unter den Menschen: Das ehemals persönliche Verhältnis zu den Erzeugnissen und wirtschaftlichen Gütern, aber auch das Verhältnis der Menschen untereinander wurde vermehrt über den Markt und das Tauschgeschäft vermittelt: Die zunehmende Spezialisierung führte dazu, daß die Leute die überwiegende Mehrzahl der Gegenstände, die sie brauchten, nicht mehr selber herstellten, sondern kauften. Damit wurde der Großteil der zwischenmenschlichen Beziehungen zur Tauschbeziehung, jeder Mensch dem andern ein Instrument zur Befriedigung von Bedürfnissen: Der Mensch entfremdete sich von seinem Nachbarn, wurde vereinzelt und versachlicht, ein Zahnrad in der Maschine.

Der Mensch versucht seit einigen Jahrhunderten mit aller Kraft, sich mit Hilfe der Technik von den Zwängen und der Gewalt der Natur zu befreien. Das gewaltige Experiment unserer technischen Zivilisation sollte eigentlich einen Sieg der menschlichen Vernunft bedeuten, eine Emanzipation von der Unterworfenheit des Tieres unter die Natur. Doch der Mensch unterjocht nebst der Natur auch sich selbst.

Die kritische Theorie sieht in dieser Entwicklung eine Tendenz, die der neueren Geschichte innewohnt und die Menschen zwangsläufig in

[41] Vgl. *Habermas*, Positivismusstreit, S. 184 f.

zunehmende Unfreiheit verstrickt, wenn sie sich dieser Tendenz nicht bewußt werden: Das weltgeschichtliche Projekt der „Aufklärung", das im Dienste der Freiheit angesetzt worden ist, droht den Menschen zu unterjochen[42].

Das emanzipatorische Interesse sucht daher nicht einfach aufgedeckte historische Tendenzen vorwärtszutreiben, sondern hier z. B. zu durchbrechen, indem es das Interesse des Menschen an der Technik auf jenes an der Emanzipation von den Zwängen der Natur zurückführt und aufzeigt, welche gesellschaftlichen Zwänge und Gewaltverhältnisse mit dieser Befreiung neu entstanden oder doch gewachsen sind.

132.44 Das historisch mögliche Maß der Verwirklichung von Mündigkeit

Die kritische Theorie versucht auf diese Weise, solche gesellschaftliche Zwänge oder Herrschaftsverhältnisse von Menschen über Menschen auf die ihnen zugrunde liegenden Interessen zu hinterfragen und mit dem Ziel der Gesellschaft mündiger Menschen in Beziehung zu setzen. Zur konkreten, praktischen Kritik an bestehenden Herrschaftsverhältnissen bedarf sie jedoch noch eines Kriteriums zum Entscheid darüber, ob eine bestimmte Herrschaft, eine Unfreiheit oder Unmündigkeit historisch gerechtfertigt, d. h. dem Entwicklungsstand der Gesellschaft angemessen ist oder nicht:

Es „bedürfte einer hermeneutischen Klärung des dem Entwicklungsstand der Gesellschaft historisch angemessenen Begriffs von Bedürfnis und Bedürfnisbefriedigung ebenso wie eines für die Epoche triftigen Begriffs von Leid und ‚unnötigem' Leiden. Vor allem müßte aber das gewählte Kriterium als solches aus dem objektiven Zusammenhang zugrunde liegender Interessen abgeleitet und gerechtfertigt werden"[43].

132.45 Historisch überflüssige Herrschafts- und Gewaltverhältnisse

Die kritische Theorie sucht diese Klärung durch eine kritische Rekonstruktion der Geschichte des Menschen zu erreichen, die sie als eine fortwährende Auseinandersetzung mit Natur- und Herrschaftszwängen

[42] Mit dieser Interpretation der geschichtlichen Vorgänge distanziert sich die kritische Theorie zum Beispiel von Karl Marx: „Die kritische Theorie bringt ... Marx gegenüber zur Geltung, daß der schicksalshafte Prozeß der „Rationalisierung" aller gesellschaftlichen Lebensprozesse gerade nicht in einer emanzipierten Gesellschaft sein naturwüchsig vorgezeichnetes Ende hat, sondern seiner innersten Logik nach eher in das Gegenteil von Emanzipation münden muß: in die Subsumption der Menschen unter die von ihnen selbst errungene Herrschaft über die Natur" (*Wellmer,* kritische Gesellschaftstheorie, S. 141, vgl. auch S. 139).

[43] *Habermas,* Theorie und Praxis, S. 225.

versteht. Dabei geht sie aus von der natürlichen Grundlage der menschlichen Existenz, untersucht den Grundkonflikt zwischen den Bedingungen kollektiven Überlebens und den jeweils „überschießenden Antriebspotentialen", d. h. jenen Kräften einer Gesellschaft, die nicht durch den Überlebenskampf gebunden sind, und versucht so die „funktionalen und dysfunktionalen Zusammenhänge zwischen der Entwicklung der Produktivkräfte und Formen der Herrschaft aufzudecken". Dabei verfolgt die kritische Theorie „das fundamentale Interesse an Emanzipation von Gewaltverhältnissen, die als Versagung und Entfremdung erfahren werden und als historisch überflüssig kritisiert werden können"[44].

Danach wird die Menschheitsgeschichte als Auseinandersetzung des Menschen mit der Natur verstanden, als fortschreitende Entwicklung von Produktivkräften, d. h. von Herrschaftsmitteln über die Natur. Zugleich ist sie eine Auseinandersetzung unter Menschen, die je nach dem Stand der Entwicklung der Gesellschaft freier gestaltet werden kann: Je mehr sich die Gesellschaft von den Naturzwängen befreit, desto weniger rechtfertigen sich Herrschaftszwänge und Gewaltverhältnisse unter Menschen[45].

Cornelius Bickel faßt das Gesagte kurz zusammen, wenn er das emanzipatorische Interesse bezeichnet als „Absicht zwischen unnötigen, historisch überflüssigen, und nötigen, generell aufgrund des jeweils erreichten technischen Verfügungsspielraums über die Natur gerechtfertigten Handlungszwängen unterscheiden zu können"[46].

---

[44] *A. Wellmer,* Kritische Gesellschaftstheorie, S. 52.

[45] Vgl. *Habermas,* Erkenntnis, S. 76 und 79 f. Nach Habermas ist in der menschlichen Gattungsgeschichte „jede neue Stufe der Entwicklung durch eine Ablösung von Zwang charakterisiert: durch eine Emanzipation von äußerem Naturzwang ... (und) von Repressionen der eigenen Natur" (S. 76). Antizipiert wird einerseits Naturbeherrschung, andererseits die herrschaftsfreie Kommunikation unter Menschen. *M. Theunissen* (Gesellschaft und Geschichte, S. 33) warnt davor, daß die Verselbständigung der „Menschengattung" gegenüber der „Natur" die Begriffe der Emanzipation und der Mündigkeit zweideutig mache: „Die als Emanzipation begriffene Befreiung von der Natur und vom naturwüchsigen Zwang gesellschaftlicher Verhältnisse erscheint wie selbstverständlich als Befreiung des Menschen von jeder als übermenschlich vorgestellten Macht, und entsprechend schillert ihr Ziel, die Mündigkeit, zwischen unproblematischer Eigenverantwortlichkeit und einer doch wohl keineswegs erwiesenen Freiheit des Menschen von allem, was er sich bisher übergeordnet hat" (S. 33). Theunissen erinnert demgegenüber an die Herkunft der kritischen Geschichtsphilosophie aus der christlichen Theologie, deren Erbe Habermas in seinem Freiheitsbegriff sorgfältig bewahrt (S. 39).

Gerade im Zusammenhang mit der Fage nach der Menschenwürde ist diese Verwurzelung bedeutsam, wäre doch ein Konzept, das sich von vornherein dem religiösen Bezug des Menschen verschließt, für die vorliegende Arbeit kaum verwertbar. „Befreiung von der Natur" wird hier jedenfalls bloß im Sinne der Verfügungsgewalt des Menschen über die Kräfte der Natur zu deuten sein.

Das erkenntnisleitende Interesse, das in den wissenschaftlichen Ansatz eingeht, muß sich als emanzipatorisches Interesse an herrschaftsfreier Kommunikation legitimieren: Es stellt die Forderung auf, Handlungszwänge und Herrschaft von Menschen über Menschen seien auf das der historischen Epoche angemessene Mindestmaß zu beschränken:

Das emanzipatorische Interesse ist der Ruf nach Freisetzung aller Menschen in dem heute möglichen Maße, wobei das Mögliche durch die objektiven Bedingungen bestimmt wird, unter denen die Menschen ihr Leben gestalten können. Für jede konkrete Herrschaftssituation in einer bestimmten Epoche ergibt sich das Maß der möglichen Freiheit aus der Analyse des Interessenzusammenhanges, der die Herrschaft begründet, und der Bestimmung des Umfanges, in welchem diese Interessen im Reich der Notwendigkeit wurzeln, d. h. durch den Stand der Herrschaft des Menschen über die Natur bedingt sind.

Jede nicht derart dem Maß der Emanzipation des Menschen von der Natur angepaßte Herrschaft hat als historisch überflüssig zu gelten. Die kritische Theorie will die Bedingungen der Aufhebung dieser Herrschaft aufdecken und die Notwendigkeit ihrer Aufhebung bewußt machen.

132.5 Zusammenfassung: Das wissenschaftstheoretische Konzept der kritischen Theorie in einfachen Worten

Auf der Suche nach wissenschaftlicher Orientierung bei der Konkretisierung des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde sind wir auf das Modell der kritischen Theorie gestoßen, die für die Sozialwissenschaften den analogen Versuch unternimmt, bestehende Verhältnisse im Lichte von begründbaren Zielvorstellungen zu interpretieren und darauf auszurichten. Im Bestreben, diesen Ansatz für die rechtswissenschaftliche Fragestellung fruchtbar zu machen, habe ich versucht, das wissenschaftstheoretische Konzept dieser Lehre — soweit für diese Arbeit von Belang — zu skizzieren. Wenn man den Frankfurter Jargon wo immer möglich beiseite läßt, ergibt sich vereinfachend folgendes Bild:

132.51 Das Vorverständnis als erster Entwurf von Verständnis

Wer das menschliche und das gesellschaftliche Leben erforschen will, muß stets von seiner eigenen, vorwissenschaftlichen Lebenserfahrung ausgehen. Dies ist erste Voraussetzung dafür, daß seine Erkenntnisse wirklichkeitsnah ausfallen. Er wird ferner nicht umhinkönnen, ein vor-

[46] *C. Bickel,* Kritische Theorie und Rechtssoziologie, in: Naucke / Trappe, S. 29 ff., S. 48 f. Vgl. *J. Kammler* in: Einführung in die politische Wissenschaft, S. 20.

wissenschaftliches Bild seines Forschungsgegenstandes in sich zu tragen, einen ersten Entwurf von Verständnis, gepaart mit der stets praktischen Absicht, durch seine Forschung einen bestimmten Lebensausschnitt zu verändern oder fortzubilden[47]. Dieses Vorverständnis braucht nicht verdrängt zu werden, sondern soll in der wissenschaftlichen Arbeit geprüft, verändert und schließlich objektiv gerechtfertigt werden.

132.52 Die Lebensbedingungen der Gesellschaft

Zuerst sind die Quellen der Erkenntnis des Forschungsgegenstandes hermeneutisch zu verarbeiten, mit dem Ziel, sie möglichst so zu verstehen, wie sie sich darstellen wollen. Dabei kann man es jedoch nicht bewenden lassen. Das Selbstverständnis der Menschen in einer bestimmten Situation ist immer mitbestimmt durch die gesellschaftlichen Bedingungen dieser Situation. Der kritische Forscher sucht nun herauszuschälen, welches die Bedingungen sind, die spürbaren Einfluß auf dieses Selbstverständnis ausüben: Er untersucht die Abhängigkeit der Ideen und Interpretationen, die den Quellen entnommen werden können, von den Bedingungen des Überlebens und der Fortbildung der betreffenden Gesellschaft oder Gruppe. Auf diesen Prozeß der „gesellschaftlichen Reproduktion" führt die kritische Theorie die Lebensbedingungen in einer bestimmten Gesellschaft zurück. Als wesentlich gelten ihr entsprechend all jene Interessen, die auf Überleben und Fortbildung einer Gesellschaft ausgerichtet sind. Denn sie sind die unmittelbare menschliche Antwort auf die natürlichen Bedingungen menschlichen Lebens.

Der kritische Forscher, der das Selbstverständnis der Menschen auf seine Bedingtheit durch die gesellschaftlichen Verhältnisse hinterfragt, hat damit zwar einen ersten Maßstab zur Bewertung dieses Selbstverständnisses gewonnen. Er kann Quellenaussagen auf bestimmte Interessen zurückführen und danach ordnen, in welchem Verhältnis diese zu den wesentlichen Interessen des Überlebens und der Fortbildung der Gesellschaft stehen. Eine wegweisende Bewertung danach, ob sie einer Fortbildung zum „Guten" förderlich sind oder nicht, ergibt sich daraus aber noch nicht. Eine solche wurzelt einzig in jenem vorwissenschaftlichen Entwurf, jener subjektiven Zielvorstellung des Forschers.

132.53 Das Ziel der Gesellschaft freier, mündiger Menschen

Die Ausrichtung auf diese Zielvorstellung und die in ihr enthaltene praktische Absicht nennt die kritische Theorie das Erkenntnisinteresse

[47] Sei es auch nur dadurch, daß bessere Kenntnisse gesellschaftlicher Vorgänge neue Gesichtspunkte schaffen, die dem Menschen gestatten, sich bewußter zu verhalten.

der Gesellschaftswissenschaft. Dieses Interesse bestimmt die Richtung, aus der die Kritik gegen die bestehenden Verhältnisse gerichtet wird. Daher gilt es, dieses Interesse selber kritisch zu überprüfen und objektiv zu rechtfertigen. Dies geschieht in doppelter Hinsicht: einmal nach dem Zielpunkt, auf den es orientiert ist, und sodann nach dem Maß, das der gegebenen gesellschaftlichen Situation angemessen ist.

Die Vorstellung vom Zielpunkt enthält ähnlich den Quellen der eigentlichen Untersuchung Aussagen, die sich an ihrem Verhältnis zu den wesentlichen menschlichen Interessen messen lassen. Darum ist auch sie historisch zu rechtfertigen. Die kritische Theorie versucht dies mit Untersuchungen zum gesellschaftspolitischen Gehalt der Idee der praktischen Vernunft, wie sie in den Traditionen unserer Kultur aus erfahrener „Unvernunft", d. h. unnötigem Leiden entwickelt worden ist. Immer wieder taucht als „Sinn" der Geschichte die Idee einer Gesellschaft freier, mündiger Menschen auf, die ihr Zusammenleben in herrschaftsfreier Verständigung ordnen. An zahllosen Zeugnissen menschlichen Strebens nach Freiheit läßt sich ein grundlegendes „Emanzipatorisches Interesse" des Menschen ablesen: eine Ausrichtung auf ein Kulturbild der Freiheit der mündigen Person und der Gemeinschaft freier und gleichberechtigter Menschen.

132.54 Das Maß möglicher Freisetzung

Um dieses Zielbild vor subjektiver Ideologisierung zu bewahren, muß der kritische Forscher die Form erkennen, in der das emanzipatorische Interesse im Rahmen der Gesellschaft, die den Gegenstand seiner Forschung bildet, richtigerweise auftreten kann:

Mit dem Zielbild hat er zwar ein Kriterium gefunden, nach dem er gesellschaftliche Verhältnisse bewerten und nach ihrer Beziehung zu Herrschaft oder Freiheit ordnen kann. Aber für die praktische Handlungsorientierung muß er das Maß von Unfreiheit und Herrschaft zu erkennen suchen, das sich nach dem Stand der Gesellschaft rechtfertigen läßt. Als Kriterien dienen hier wieder die Bedingungen des Überlebens und der Fortbildung der Gesellschaft, wobei nun dieser Prozeß der gesellschaftlichen Reproduktion im Lichte der Zielvorstellung gesehen werden darf: Die Geschichte des Menschen ist eine fortwährende Auseinandersetzung mit den Zwängen der Natur, ein Prozeß der Befreiung aus der tierischen Abhängigkeit von der natürlichen Ordnung und der Errichtung einer menschlichen Lebensordnung. Danach lassen sich all jene Zwänge und jene Herrschaft rechtfertigen, die nach dem Entwicklungsstand einer Gesellschaft und dem Grad ihrer Herrschaft über die Natur zur Gewährleistung von Überleben und Fortbildung notwendig sind. Alle Zwänge und Herrschaftsformen aber, die nicht durch den

Stand der Herrschaft über die Natur bedingt sind, können als historisch überflüssig kritisiert werden.

132.55 Die kritische Theorie als handlungsorientierende Hypothese

In der praktischen Untersuchung einer bestimmten gesellschaftlichen Situation wird der kritische Forscher abzuwägen haben, ob eine bestimmte vorgefundene Form von Zwang oder Herrschaft noch ein notwendiges Mittel für die Entwicklung der Gesellschaft zur Mündigkeit hin darstellt, oder ob sie diese Entwicklung überwiegend hemmt. Kommt der kritische Forscher dabei zum Schluß, der Zwang oder die Herrschaft seien überflüssig und zu überwinden, dann ist seine Aussage *richtig*, wenn er in der Lage ist, aufzuweisen, daß die objektiven Bedingungen der Beseitigung der Unfreiheit gegeben sind; *wahr* aber wird die Aussage erst, wenn sie ins Bewußtsein der betroffenen Menschen aufgenommen und dadurch „verwirklicht" wird, daß die kritisierte Unfreiheit tatsächlich überwunden wird.

Damit bleibt jedes Ergebnis der kritischen Theorie letztlich Hypothese, wohl begründet und überzeugend, aber ohne beweismäßige Geschlossenheit: Es bleibt ein Appell, der erst mit seiner Anerkennung Geltung erlangt.

14 Der Leitsatz der Menschenwürde

Der Jurist, der zum Thema Menschenwürde rational zu argumentieren sucht, befindet sich in einer ähnlichen Lage wie der kritische Forscher, der nach einem Richtpunkt sucht, nach dem er seine Kritik an den bestehenden Verhältnissen ausrichten kann.

141 Übertragbare Ergebnisse der kritischen Theorie

Die Ausführungen zur kritischen Theorie können daher nach zwei Richtungen für den Problemkreis dieser Arbeit fruchtbar gemacht werden: Methodisch zeigen sie ein Verfahren, auf das auch der Jurist grundlegend angewiesen ist. Inhaltlich deuten sie bereits ein rational diskutierbares Vorverständnis von Menschenwürde an, das in den Ansatz der juristischen Arbeit eingehen kann.

141.1 Methodische Anleitung

Selbstverständlich ist auch die kritische Methode auf das hermeneutische Verfahren von Vorgriff aufs Ganze und Rückgriff auf den Teil angewiesen, um die Quellen zu verstehen. Das zeichnet sie nicht aus. Hierfür müßte nicht über die Grenzen der Rechtswissenschaft hinaus

nach methodischer Anleitung gesucht werden. Nicht einmal für das Verständnis der Konkretisierung als eines dialektischen Vorganges wäre dies nötig.

141.11 Der Einbezug des Juristen in den Prozeß des Rechts

Es ist eine ganz besondere Eigenart, die das dialektische Vorgehen der kritischen Theorie für den Juristen fruchtbar machen kann: der konsequente Einbezug des Forschers und seiner praktischen Absichten in diese Dialektik, die dadurch aktuell wird, d. h. in eine reale gegenwärtige Situation gestellt und in die Zukunft gerichtet. Damit wird ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Juristen und dem Historiker deutlich erkennbar und faßbar gemacht: jener, der den Historiker als Betrachter und Analytiker aus der Distanz vom Juristen als Gestalter und Richter trennt. Dem Juristen und seinem „Entscheidungsinteressen"[1] wird nur ein Selbstverständnis gerecht, das ihn in den dialektischen Prozeß der Rechtsentwicklung als Aktor mit einbezieht und sein verantwortliches, wertendes Handeln so rational wie möglich unter Kontrolle stellt. Diese Kontrolle erbringt die kritische Theorie, indem sie vom Wissenschafter verlangt, daß er nicht nur seinen Gegenstand mit den überkommenen Methoden der Forschung und des Verstehens untersucht, sondern zugleich auch sein Vorverständnis, sein Erkenntnisinteresse an einem Zielbild der Gesellschaft mißt, das er gleichermaßen mit den überkommenen Methoden aus den Quellen der geistigen Tradition seines Kulturkreises herausschälen muß. Die kritische Theorie verlangt, daß in der wechselseitigen Auseinandersetzung von subjektivem Entwurf, sachlicher Analyse des Gegenstandes, Korrektur des subjektiven Entwurfs am vorgefundenen Leitbild, Bewertung des Gegenstandes anhand des Leitbildes und Anpassung des Leitbildes an die Schranken des Gegenstandes ein Urteil gebildet werde, das Aussage und Norm zugleich enthält: eine Erkenntnis über Bedingungen und Möglichkeiten einer Wirklichkeit, gepaart mit dem Gebot ihrer Verwandlung.

141.12 Die Analogie zur juristischen Methode der Konkretisierung

Dieses methodische Vorgehen deckt sich — für den rechtspolitischen, nicht normierten Raum — weitgehend mit der Methode der Konkreti-

[1] Vgl. *F. Müller*, Methodik, S. 118 und 120; Müller beschränkt sich auf die Mittel der juristischen Methodik zur Klärung von Vorverständnissen und verzichtet insbesondere darauf, den Gehalt verfassungs- und rechtspolitischer Elemente der Konkretisierung einer methodischen Kontrolle zu unterstellen (S. 178 ff.); damit wäre auch die Aufgabe einer juristischen Methodik überschritten. Die Frage nach der Menschenwürde zwingt jedoch, hier weiter zu gehen.

sierung, die der Jurist innerhalb der Rechtsordnung anzuwenden gewohnt ist: Die Konkretisierung einer Norm setzt bei dem vorläufigen, juristischen Vorverständnis ihres Gehaltes an; dieses erste Verständnis der Norm wird mit den überkommenen Mitteln der Auslegung geschärft und geläutert; der Sachbereich der Norm und der im Rechtsfall betroffene Fallbereich werden sodann im Lichte des interpretierten Normprogramms analysiert, um jene Sachgesichtspunkte des Normbereichs herauszuheben, auf die das Normprogramm zugeschnitten werden muß, damit aus der allgemeinen Rechtsnorm die konkrete Entscheidungsnorm entwickelt werden kann, die das einzelne Urteil bestimmt[2].

Die methodischen Schritte sind hier wie dort dieselben: — Klärung des Vorverständnisses durch Untersuchung vorgefundener Normen mit den anerkannten wissenschaftlichen Methoden zum Verständnis der abstrakten Norm oder Zielvorstellung, — Analyse der vorgegebenen Wirklichkeit im Hinblick auf die für die Norm oder Zielvorstellung wesentlichen Merkmale (Bewertung der Wirklichkeit), — Anpassung der normativen Forderungen an die normwesentlichen Gegebenheiten (Eingrenzung des Normgehalts oder der Zielvorstellung auf den Rahmen der Gegebenheiten), — Urteil als Erkenntnis der wesentlichen Aspekte des geprüften Wirklichkeitsausschnittes und als Gebot, als Anweisung zur norm- oder zielkonformen Veränderung der Wirklichkeit.

Sogar die hypothetische Natur des Urteils ist beiden Arbeitsmethoden gemeinsam: Sieht man nämlich von der staatlich zugeordneten Autorität des Richterspruchs ab und betrachtet das Urteil als reines Ergebnis der rechtswissenschaftlichen Arbeit, so kann auch der Jurist seine Aussage nur als *richtig* dadurch begründen, daß er in methodisch überzeugender Weise dartut, daß er Sachverhalt und Norm in zutref-

[2] Das methodische Vorgehen bei der Konkretisierung ist in diesem Sinne von *F. Müller* (Juristische Methodik) herausgearbeitet worden: „Durch wechselseitige Präzisierung und Konkretisierung der ... Norm am Sachverhalt und des ... Sachverhalts an der Norm wird in einem durchgehend normorientierten Verfahren herausgefunden, was gemäß der rechtlichen Vorschrift im Einzelfall Rechtens sein soll" (S. 115, vgl. S. 119 f.). Bei der Vermittlung von Norm und Sachverhalt kommt dem Normbereich besondere Bedeutung zu. „Der Normbereich ist ... ein Sachbestandteil der Rechtsvorschrift selbst. Aus der Gesamtheit der von einer Vorschrift betroffenen Gegebenheiten, dem „Sachbereich", hebt das Normprogramm den Normbereich als Bestandteil des Normativtatbestands heraus" (S. 109). Die Normbereichs-Elemente werden „aus den Sach- und Fallbereichen durch die verbindlich auswählende Perspektive des im Normtext formulierten Normprogramms herausgehoben" (S. 183); sie dienen ihrerseits zur Ausgrenzung und Entwicklung der Entscheidungsnorm aus der allgemeinen Rechtsnorm, d. h. zur Bestimmung des konkreten, fallbezogenen Gehalts des Normprogramms. Müller bezeichnet die Entscheidungsnorm als den „von einem bestimmten Fall her und auf seine verbindliche Lösung hin konkretisierten Aggregatzustand" der Rechtsnorm (S. 108).

fender Weise einander angenähert hat und der von ihm gezogene Schluß „mit guten Gründen vertretbar" ist. Zum „*Wahr*spruch" wird seine Aussage erst, wenn die zuständige Behörde sie übernimmt und kraft ihrer Autorität in die Wirklichkeit umsetzt.

Diese hypothetische Natur eignet nicht nur dem rechtswissenschaftlichen Urteil, sondern der Rechtsordnung überhaupt, insbesondere der Verfassung. Denn deren Lebens- und Wirkungskraft beruht „darauf, daß sie sich mit den spontanen Kräften und lebendigen Tendenzen der Zeit verbindet"[3]. Die Verfassung kann die Wirklichkeit für sich allein nicht bestimmen, „sondern immer nur eine Aufgabe stellen. Aber sie wird zur tätigen Kraft, wenn diese Aufgabe ergriffen wird, wenn die Bereitschaft besteht, das eigene Verhalten durch die von der Verfassung normierte Ordnung bestimmen zu lassen . . ., wenn also im allgemeinen Bewußtsein . . . der Wille zur Verfassung lebendig ist"[4].

Jede Gesetzgebung als Entwurf einer Ordnung gesellschaftlicher Beziehungen, die sich in der Zukunft verwirklichen soll, unterliegt der gleichen Bewährungsprobe: „Letztlich kann nur das in Kraft gesetzte und angewandte Gesetz selbst den experimentellen Beweis der Richtigkeit der gesetzgeberischen Prognose liefern[5]." Dasselbe gilt zweifellos auch für eine verfassungsrechtliche Rechtsprechung, die wie jene zum Grundsatz der Menschenwürde rechtsfortbildende Wirkung erzielen will.

Der Normativität juristischer Arbeit entspricht unabdingbar ihr hypothetisches Verhältnis zur gesellschaftlichen Wirklichkeit.

Diese methodische Parallelität rechtfertigt es, das wissenschaftstheoretische Konzept der kritischen Theorie zur Ergänzung juristischer Methodik beizuziehen, wo diese mangels positivrechtlich vorgegebenem Normenbezug versagt. Soweit also die Frage nach dem Gehalt des Verfassungsgrundsatzes nicht mit den Methoden der Rechtswissenschaft beantwortet werden kann — und nur soweit —, wird auf jene außerjuristische Hilfe zurückzugreifen sein.

141.13 Beizug der kritischen Theorie für die Bestimmung des programmatischen Gehalts des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde

Diese Notwendigkeit ergibt sich nun aber sogleich im Ansatzpunkt der Arbeit, in den das rechtspolitische Element einfließt: Das positive

[3] *K. Hesse,* Die normative Kraft der Verfassung, S. 11.

[4] Ebd., S. 12.

[5] *P. Noll,* Gesetzgebungslehre, Reinbeck b. Hamburg 1973, S. 35 (Die Aussage betrifft zwar nur den (notwendigen) prognostischen Teilgehalt von Gesetzen, muß jedoch allgemein gelten).

Recht bietet keine Normen an, nach denen sich der programmatische Gehalt des wohl höchsten Grundsatzes der Rechtsordnung ausrichten könnte. Das Leitbild der Menschenwürde ist — wie einige andere allgemeine Rechts- und Verfassungsgrundsätze — ein Tor, das die Jurisprudenz nach Politik, Philosophie und Religion hin öffnet.

Freilich wird das Maß der Verwirklichung von Menschenwürde in der heutigen Rechtsordnung (also der geltende Rechtsnormenbestand, die vorfindliche Rechtswirklichkeit der Zielvorstellung „Menschenwürde") mit den Methoden der Rechtswissenschaft ermittelt werden können. Der Gehalt des Zielpunktes aber, an dem die geltende Rechtsordnung zu messen wäre, d. h. der programmatische Gehalt des Grundsatzes gegenüber dem vorgegebenen Recht, läßt sich letztlich nicht aus der geltenden Verfassungs- und Grundrechtsordnung heraussaugen, ohne daß man vorerst alles Wesentliche aus außerjuristischen, vornehmlich philosophischen Quellen hineinpumpt. Hier liegt somit der erste Anwendungsbereich für die Methode der kritischen Theorie.

141.14 Beizug der kritischen Theorie für die Bestimmung des Maßes möglicher Verwirklichung von Menschenwürde

Der zweite, praktisch vielleicht bedeutsamere Anwendungsbereich liegt im dritten Schritt, in dem die abstrakten Forderungen der Norm auf die Möglichkeiten der vorgegebenen rechtlichen Wirklichkeit zugeschnitten werden müssen. Denn: was nützte es, eine allgemeine Zielvorstellung von Freiheit zu entwickeln, wenn wir nicht in der Lage wären, anzugeben, welcher Teilschritt in der Entwicklung der Rechtsordnung heute der mögliche und angemessene ist? Auch diese rechtspolitische Frage kann nur beschränkt mit rechtswissenschaftlichen Methoden beantwortet werden[6]. Hier wird auf die kritische Theorie zurückzugreifen sein[7].

141.2 Materielle Aussagen

Die kritische Theorie bietet dort, wo sie methodisch beigezogen werden kann, auch inhaltlich wesentliche Anhaltspunkte für eine juristische Arbeit zum Grundsatz der Menschenwürde:

---

[6] Vgl. die Ermittlung legitimer gesellschaftlicher Interessen im Bereich des Grundsatzgehaltes der Menschenwürde hinten unter Ziffer 321.

[7] Der Suche nach der heute möglichen Verwirklichung von Menschenwürde in der Rechtsordnung ist der dritte Teil der Arbeit gewidmet. Dabei wird versucht, zwischen legitimen gesellschaftlichen Interessen, die mit der Menschenwürde in Konflikt stehen (Ziffer 321), und überflüssigen Hindernissen (Ziffer 322) zu unterscheiden. Anhand dieser Gegenüberstellung werden sodann jene grundsätzlichen Teilgehalte der Menschenwürde formuliert, die heute Geltung beanspruchen können (Ziffer 33).

141.21 Das Menschenbild

Durch ihr Bemühen um den Aufweis eines Zielbildes unserer gesellschaftlich-kulturellen Entwicklung in der Tradition unseres Kulturkreises hat die kritische Theorie eine Vorarbeit der Synthese geleistet, von der Nutzen gezogen werden kann. Mit dem Entwurf eines Gesellschaftsbildes hat sie vor allem auch ein Menschenbild gezeichnet. Ein solches stellt aber — wie bereits ausgeführt[8] — den Kerngehalt des Grundsatzes der Menschenwürde dar. Die kritische Theorie liefert damit bereits wesentliche Aussagen zum programmatischen Gehalt der Menschenwürde, an welche die weitere Auseinandersetzung anknüpfen kann.

Bevor diese Linie aber weiter verfolgt wird, sei noch auf einen zweiten Bereich inhaltlicher Aussagen der kritischen Theorie verwiesen, die Beachtung verdienen und bei der Bestimmung des rechtspolitisch Möglichen geprüft werden müssen:

141.22 Kriterien für das Maß möglicher Menschenwürde

Die kritische Theorie gibt Kriterien an zur Bestimmung des Maßes, in dem das ideale Gesellschaftsbild hier und heute Verwirklichung verlangen darf. Danach sind dessen Einschränkungen nur soweit gerechtfertigt, als sie von den Naturbedingungen des Überlebens und der Fortbildung gefordert werden, d. h. soweit sie nach dem Grad der Herrschaft des Menschen über die Natur zur Gewährleistung von Überleben und Fortbildung notwendig sind. Eine bestimmte Herrschaftsform wäre zum Beispiel danach zu beurteilen, ob sie im Rahmen der geltenden gesellschaftlichen Organisation eine Funktion für das Überleben der Gemeinschaft oder für ihre Entwicklung in der Richtung des Zielbildes der Gesellschaft ausübt; wenn ja, so wäre abzuwägen, ob ihre nützlichen Wirkungen die schädlichen überwiegen und ob dieselbe Funktion auf weniger schädliche Art wahrgenommen werden könnte. Würde sich die Herrschaftsform als überflüssig und behebbar erweisen, so müßte sie dem Anspruch des Gesellschaftsbildes weichen und aufgehoben werden.

Dieselben Kriterien müßten auch anwendbar sein zur Bestimmung von Zuständen, die der Idealnorm der Menschenwürde widersprechen und die, falls sie sich als überflüssig und behebbar erweisen sollten, als Verletzung des Grundsatzes der Menschenwürde anzusprechen wären[9]. Wie weit diese Kriterien brauchbar sind, und ob aus ihrer Anwendung Rechtsfolgen — für Rechtsetzung oder Rechtsprechung — abgeleitet werden können, bleibe vorläufig dahingestellt.

[8] Vorne Ziffer 112.

[9] Vgl. *Habermas*, Theorie und Praxis, S. 86 f.

142 Ergebnis: Eine erste Umschreibung des Grundsatzes der Menschenwürde

Nach der kritischen Theorie findet sich in der Tradition unseres Kulturkreises eine Idee des guten Lebens, die sich in einem Gesellschaftsbild konkretisiert: dem Bild einer Gesellschaft gleichberechtigter mündiger Menschen, die alle einander als Person anerkennen und in zwangslosem Dialog untereinander frei kommunizieren.

142.1 Das Menschenbild

Damit ist ein Menschenbild gezeichnet, das den Menschen als freie mündige Person anerkennt, ein gleichberechtigtes Mitglied einer Gemeinschaft, in der sich die zwischenmenschlichen Beziehungen im gemeinsamen Gespräch und ohne jeden Zwang entfalten.

142.2 Menschenwürde als Aufgabe

Wird Menschenwürde zunächst als Aufgabe des Menschen verstanden, sich seinen Möglichkeiten entsprechend zum Menschlichen hin zu entwickeln, dann können aus dem gezeichneten Menschenbild einige Anhaltspunkte für die Bestimmung dieser Aufgabe entnommen werden. Menschenwürde als Aufgabe ist dann die Freisetzung des Menschen aus seiner unmündigen Verstrickung in innere und äußere Zwänge, die Entfaltung der in ihm schlummernden Person, die Entwicklung der Fähigkeit zum Gespräch und damit zur friedlichen Verständigung.

142.3 Die Teilaufgabe von Staat und Recht

Auf der gleichen Ebene der Zielvorstellungen kann auch angedeutet werden, welche Teilaufgabe der Verwirklichung der Menschenwürde dem Staate und der Rechtsordnung zukommt[10]: Sie haben die Bedingungen zu schaffen, unter denen sich das menschenwürdige Leben entfalten kann, und diese Entfaltung nach Möglichkeit zu fördern: Sie haben die Gleichberechtigung der Mitbürger zu gewährleisten, die Freiheit ihrer persönlichen Verwirklichung zu schützen und zu fördern und sie haben zu versuchen, die Bürger zur Mündigkeit, zum reifen Urteilsvermögen und zur vernünftigen Einsicht zu erziehen und im Gleichschritt dazu die herrschenden Zwänge der Gesellschaft abzubauen.

[10] In welchem Ausmaß Staat und Recht bei der Verwirklichung menschenwürdigen Lebens mitzuhelfen haben, ist freilich wiederum eine rechtspolitische Frage und eine Frage des heute Möglichen. Doch wird auch diese Frage im Lichte der „Staatszielbestimmung" der Menschenwürde und bei deren Konkretisierung im einzelnen zu prüfen sein. Totalitären Staatsauffassungen verwehrt die Zielbestimmung jedenfalls ebenso alle Rechtfertigung wie den überholten Vorstellungen vom bloßen „Nachtwächterstaat".

142.4 Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde

Im Anschluß an die kritische Theorie kann der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde als staatlicher Auftrag vorläufig umschrieben werden als *Gebot zur Wahrung und Mehrung von Gleichheit und Freiheit, als Auftrag zur Erziehung zur Mündigkeit und zur Verminderung von staatlichem und gesellschaftlichem Zwang.*

Dieses Leitbild spiegelt sich in einer Vielzahl überlieferter staats- und rechtspolitischer Konzepte zur Aufgabe des Staates wieder, soweit diese sich über die praktischen Bedingungen gegenwärtiger Staatstätigkeit hinaus mit Zielvorstellungen über die Staats- und Rechtsgemeinschaft auseinandersetzen[11].

---

[11] Vor Anbruch der Neuzeit findet sich dieses Gedankengut noch nicht ausgefächert. Zwar sagt schon *Aristoteles,* der Staat bestehe um des vollkommenen Lebens willen (Politik 1252 b), doch beschränkt sich noch *Johannes Althusius* auf die allgemeine These, der Staat habe dem Menschen ein „seliges, angenehmes und glückliches Leben" zu sichern (Walter Theimer, Geschichte der politischen Ideen, 3. Aufl. Bern und München 1955, S. 110). Erst *Samuel Pufendorf* entwickelt die Ideen der Freiheit und Gleichheit des Menschen als eines sittlich freien Wesens und stellt die Idee der Menschenwürde erstmals ins Zentrum des Menschenbildes (Hans Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl. Göttingen 1962, S. 141 mit Verweis auf De iure naturae et gentium II cap. I 5.); *John Wise* spricht im Anschluß an Pufendorf vom Endzweck des Staates, „Humanität zu pflegen und das Glück aller und das Glück jedes einzelnen in allen seinen Rechten, seinem Leben, seiner Freiheit, seiner Ehre usf. zu fördern" (*H. Welzel,* op. cit. S. 143); vgl. dazu sodann den Ingreß der *Amerikanischen Unabhängigkeitserklärung* von 1776. *Jean-Jacques Rousseau* fragt nach der Gesellschaftsform, die die Person des Menschen verteidigt und schützt, und in der dieser sich zwar mit allen andern vereinigt, doch gleichwohl nur sich selbst gehorcht (H. Welzel, op. cit. S. 157 mit Verweis auf Contrat social I 6). Auch *Immanuel Kant* fordert vom Staat, daß er „sittlich" sei, d. h. die Menschenrechte achte, dem Bürger Freiheit, Gleichheit und Selbständigkeit gewähre (W. Theimer, op. cit. S. 170 ff.). Besonders deutlich klingt aber die utopische Ausrichtung des Staatsbildes an in der Schilderung der Amerikanischen Demokratie durch *Alexis de Tocqueville:* „Die Menschen werden vollkommen frei sein, weil sie alle völlig gleich sind; und sie werden alle vollkommen gleich sein, weil sie alle völlig frei sind. Dies ist das Ideal, dem die demokratischen Völker nachstreben" (Über die Demokratie in Amerika, Werke und Briefe Bd. 2, hrsg. v. J. P. Mayer et al. Stuttgart 1959/1962, S. 109).

Auch die schweizerische Staatsrechtslehre anerkennt diese letzte Ausrichtung des Staates im wesentlichen. So ist der Staat nach *Walther Burckhardt* dazu berufen, „in der menschlichen Gesellschaft nicht bloß zufällige, ‚nützliche' Ziele der Zweckmäßigkeit, sondern das Postulat der Gerechtigkeit zu verwirklichen" (Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Basel 1927, S. 136). Nach *Zaccaria Giacometti* ist „die Würde und Freiheit des Menschen die leitende Idee" sowohl „für das demokratische Prinzip ... wie für das liberale" (Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949 S. 244). *Max Imboden* schließlich hebt hervor, was hier mit „Mündigkeit" bezeichnet worden ist: Im Staatsmodell der „Gesamtherrschaft" entwirft er einen „Zustand vollendeter Bewußtheit", in dem „die Gesamtheit oder doch die Mehrheit der Staatsbürger ... durch den Prozeß der Individuation ihre gegenseitigen Beziehungen soweit ins klare Bewußtsein gerückt" hat, „daß sie in diesem von wahrer Einsicht erhellten Bereich die eigentliche Gemeinschaftsgestal-

142.5 Der Stellenwert dieser Zielbestimmung

Die so gefaßte allgemeine Zielbestimmung des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde darf als Richtpunkt angenommen werden, von dem her es gilt, die dem heutigen Stand der Rechtsordnung angemessenen Forderungen der Menschenwürde zu konkretisieren. Das wird vor allem anhand der Literatur und der Praxis zur Menschenwürde in der Schweiz versucht werden müssen, die das Selbstverständnis der Menschenwürde im geltenden Recht darstellen. Diese Quellen und eine Untersuchung ausgewählter Rechtsfragen sollen gestatten, den heute möglichen Gehalt der Menschenwürde gültig zu umschreiben: Vom Programmgehalt der Menschenwürde her wird zu fragen sein, inwieweit heute erfahrene und rechtlich geduldete Zwänge, Ungleichheiten und Unfreiheiten zu möglicher Freisetzung im Widerspruch stehen. Ziel der Untersuchung soll sein, Richtsätze und Gesichtspunkte zu entwickeln, die die Rechtspraxis zur Menschenwürde anleiten könnten.

Man wird vielleicht einwenden, das gezeichnete Zielbild des Verfassungsgrundsatzes trage zu wenig spezifisch juristischen Gehalt, um normative Geltung zu erhalten; dafür entspringe es zu sehr einem allgemein-philosophischen Vorverständnis. Hierzu ist einzuräumen, daß das Zielbild inhaltlich wie sprachlich den juristischen Fachbereich überschreitet. Allerdings legitimiert es sich ebenso wie die Jurisprudenz durch eine ausgewiesene Methode (metajuristischer) Erkenntnis. Trotzdem bleibt freilich das Zielbild die stets problematische Quelle der hypothetischen Natur der rechtspolitischen Argumentation; ein Eingeständnis, das jede Betrachtung programmatischer Gehalte von Verfassungsgrundsätzen ablegen muß. Es wird jedoch Aufgabe der Konkretisierung sein, den juristischen Gehalt der Zielvorstellung von Menschenwürde zu begründen, zu verdeutlichen und zu differenzieren[12]. Der konkrete Gehalt des Verfassungsgrundsatzes wird sich erst in den einzelnen untersuchten Rechtsbereichen (oder gar von Fall zu Fall) auf dem Weg über eine Normbereichsanalyse erarbeiten lassen.

Im gegenwärtigen Stand der Arbeit lasse sich daher die Zielbestimmung des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde auf sich beruhen und verwende sie als methodisch geklärtes und dadurch gerechtfertigtes Vorverständnis bei der Untersuchung der in der geltenden Rechtsordnung herrschenden Auffassung von Menschenwürde.

---

tung zu vollziehen vermag" (Die Staatsformen, Versuch einer psychologischen Deutung staatsrechtlicher Dogmen, Basel 1959, S. 31).

[12] Vgl. die Anforderungen, die *F. Müller* (Methodik, S. 121) an die Ausgrenzung der juristischen Momente aus einem allgemeinen Vorverständnis stellt. Seine Ausführungen sind hier allerdings nur mit dem Vorbehalt anwendbar, daß verfassungsrechtliche Dogmatik, Theorie und Methodik eben keine Mittel zum Entwurf eines Zielbildes hergeben, sondern erst im Rahmen der Konkretisierung einer vorgegebenen Norm nutzbar gemacht werden können.

2 Praxis und Lehre zur Menschenwürde

In diesem Teil der Arbeit soll das heute gültige Verständnis des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde in der Schweiz dargestellt werden. Dabei ist auszugehen von der Praxis des Bundesgerichtes als Verfassungsgerichtshof. Zudem sollen aber auch Beiträge des Bundesrates und der Bundesversammlung zur Verwirklichung von Menschenwürde in der Schweiz beigezogen werden. Die juristische Literatur zur Menschenwürde soll sodann den Interpretationsrahmen erweitern, wozu auch ein Blick über die Landesgrenze beitragen wird.

Der so erfaßte heutige Stand der Geltung der Menschenwürde in der Schweiz wird im dritten Teil einerseits im Lichte des Leitbildes aus dem ersten Teil zu bewerten sein, anderseits wird er dazu dienen, aus diesem Leitbild jene Forderungen zu konkretisieren, die hier und heute maßgeblich sein können.

21 Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts

211 Ausdrückliche Berufung auf den Grundsatz

Die Erwägungen der bundesgerichtlichen Urteile sind im allgemeinen streng fallbezogen und äußern sich nur selten zu allgemeinen Fragen des Verfassungsrechts oder zu Grundfragen der Gerechtigkeit. Meist beschränken sie sich auf die unmittelbar anwendbaren Rechtsnormen. Verfassungsgrundsätze werden nur dann erwähnt, wenn sie nicht in einer Verfassungs- oder Gesetzesbestimmung ihren Niederschlag gefunden haben.

Entsprechend selten sind dabei die Verweise des Bundesgerichts auf den Grundsatz der Menschenwürde. Der Begriff taucht soweit ersichtlich erstmals in den sechziger Jahren dieses Jahrhunderts auf und wird auch seither nur spärlich verwendet.

212 Menschenwürde als Staatsaufgabe

In der bisher allgemeinsten Form hat sich das Bundesgericht im Entscheid 97 I 45 ff., 49 auf die Menschenwürde bezogen. Mit Bezug auf den grundlegenden Entscheid zur persönlichen Freiheit 90 I 29 ff., 36, sagt es von sich selber, es habe sich „in unzweideutiger Weise zu einer Wert-

ordnung bekannt, die es sich zur Aufgabe macht, ‚die Menschenwürde und den Eigenwert des Individuums sicherzustellen'"[1].

Das Gericht verwendet hier den Begriff der Menschenwürde als Leitsatz einer Wertordnung und anerkennt ausdrücklich die Aufgabe, seine Entscheidungen auf diesen Wert auszurichten, um ihn „sicherzustellen" oder zu schützen.

Darin muß wohl eine Anerkennung des Verfassungsgrundsatzes in seinem programmatischen Gehalt erblickt werden. Doch steht der Begriff vorläufig als bloße Leerformel da, die erst noch der Ausfüllung bedarf.

213 Der Gehalt des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde

Dem Wortsinn des Begriffs der Menschenwürde lassen sich nur wenige Vermutungen über den Gehalt des Verfassungsgrundsatzes entnehmen. Es wird darin irgendwie die Werthaftigkeit des Menschen angesprochen. Dieser Gehalt wird bereits etwas deutlicher, wenn das Bundesgericht im zitierten Entscheid die Menschenwürde und den „Eigenwert des Individuums" nebeneinanderstellt.

Am deutlichsten hat aber das Bundesgericht den Gehalt der Menschenwürde im ersten Entscheid umrissen, der diesen Grundsatz erwähnt[2]. Dort beruft sich das Gericht auf die Menschenwürde, um den Anspruch auf rechtliches Gehör, den es aus Art. 4 BV abgeleitet hat, darüber hinaus noch in letzten Grundsätzen zu verankern. Die Notwendigkeit des rechtlichen Gehörs folgt danach „aus dem Gebote einer gerechten Entscheidung einerseits und aus der Anerkennung und Würde des von der Entscheidung betroffenen einzelnen andererseits"[3]. „Die Würde des Menschen aber verlangt, daß der einzelne nicht bloß Objekt der behördlichen Entscheidung sei, sondern vor der Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Worte komme, um Einfluß auf das Verfahren und dessen Ergebnis zu nehmen[4]."

In Anlehnung an deutsche Praxis und Lehre wird hier die Menschenwürde als Subjektqualität des Menschen umschrieben, die verletzt wird, wenn die Behörden über ihn oder seine Rechte verfügen wie über eine Sache und ihm die Möglichkeit nehmen, am Verfahren mitzuwirken und auf den Entscheid Einfluß zu nehmen.

---

[1] Das Bundesgericht zitiert Z. *Giacometti*, Freiheitsrechtskataloge, S. 165.

[2] Entscheid des Bundesgerichts vom 11. September 1963 in Zbl 65, 1964, S. 216 ff. Es fällt auf, daß die einzige allgemeine Definition des Begriffs der Menschenwürde nicht in die amtliche Sammlung aufgenommen worden ist.

[3] Ebd., S. 216.

[4] Ebd., S. 216 f. Das Bundesgericht verweist ausdrücklich auf BVerf.GE 9, 95 und *Maunz / Dürig*, N.5 zu Art. 103 GG.

Der einzelne hat demnach um seines Eigenwertes willen Anspruch darauf, daß andere (zumindest die Behörden) ihn als handelndes Subjekt und als Gesprächspartner anerkennen. Im Verkehr mit den Behörden heißt das jedenfalls, daß jedermann Anspruch darauf hat, am Entscheid über sein Schicksal mitzuwirken (und daß die Behörden grundsätzlich bereit sein müssen, sich in ihrem Entscheid vom Betroffenen beeinflussen zu lassen).

Neben diesem allgemeinen Anspruch auf Anerkennung und Teilnahme hat das Bundesgericht aus der Menschenwürde verschiedene Mindestanforderungen an die Lebensbedingungen in Gefängnissen abgeleitet. Im Entscheid 99 Ia 262 ff. steht die Menschenwürde nicht hinter Art. 4 BV, sondern hinter der persönlichen Freiheit[5]. Das Bundesgericht führt aus:

> „Gesamthaft muß die Regelung einen menschenwürdigen, von schikanösen, sachlich nicht begründeten Grundrechtsbeschränkungen freien Vollzug gewährleisten[6]. Ohne daß diese absoluten Mindesterfordernisse hier im einzelnen festzulegen wären, ist doch klarzustellen, daß ein gewisses Mindestmaß an Bewegung, Betätigungsmöglichkeit, Besuchsmöglichkeit, Hygiene, Korrespondenz usw. stets vorhanden sein muß und niemals wegen praktischer Schwierigkeiten unterschritten werden darf" (S. 272).

Die Menschenwürde setzt somit der Freiheitsbeschränkung im Gefängnis gewisse absolute Grenzen. Sie garantiert ein Mindestmaß an persönlicher Entfaltung. Darunter versteht das Bundesgericht nicht nur die Bewegung des Körpers oder die Wahl der Beschäftigung des einzelnen, sondern auch Beziehungen zu den Mitmenschen. Daß die Menschenwürde auch das Besuchsrecht und das Recht auf Korrespondenz[7]

---

[5] Das Bundesgericht wurde hier zur abstrakten Normenkontrolle über die neue Verordnung über die Bezirksgefängnisse des Kantons Zürich angerufen. Der Beschwerdeführer rügte vor allem Verletzungen der persönlichen Freiheit und der Menschenwürde.

[6] Bestätigt in BGE 102 Ia 279 ff., 283 und 302 ff., 304. Nach BGE 102 Ia 279 ff., 285 ist das Gebot, die menschliche Würde des Eingewiesenen zu achten und zu schützen, ein Grundsatz, der sich aus der Garantie der persönlichen Freiheit ergibt.

[7] Immerhin duldet das Gericht hier eine starke Beschränkung: Die Vorschrift, wonach Strafgefangene pro Woche zwei Briefe schreiben dürfen, „bildet einen vernünftigen Kompromiß zwischen dem legitimen Anspruch des im Strafvollzug Befindlichen auf Korrespondenz und dem Interesse der Gefängnisverwaltung an einer Begrenzung des mit der Briefkontrolle verbundenen Arbeitsaufwandes" (S. 268 E. 13 a). Auch gegenüber dem Untersuchungsgefangenen ist eine Beschränkung zulässig, „wenn der Umfang der Korrespondenz eine genügende Kontrolle verunmöglicht" (S. 286 E. 13 b). Zwar hat die Anklagekammer in BGE 97 IV 70 ff., 72 für den Bundesstrafprozeß jede Beschränkung des Korrespondenzrechts abgelehnt und die Arbeitslast des Untersuchungsrichters nicht als Grund (d. h. als genügendes öffentliches Interesse!) anerkannt, doch sieht die staatsrechtliche Kammer darin keinen Grundsatz der Verfassung, der auch für die Kantone verbindlich wäre. In BGE 102 Ia 279 ff., 297 f. E. 11 bestätigt das Bundesgericht

gewährleistet, deutet auf ein Menschenbild, das die soziale Natur des Menschen und dessen Bedürfnis nach Kommunikation anerkennt.

Freilich gelten für die einzelnen Ansprüche unterschiedliche Mindestanforderungen. Während das Bundesgericht die Beschränkung des Besuchsrechts auf einen viertelstündigen Besuch pro Woche während der Untersuchungshaft noch eben billigt, weil Ausnahmen für dringende Angelegenheiten vorgesehen sind[8], wirft es in bezug auf die Bewegungsfreiheit bereits die Frage auf, „ob eine Lösung, die nicht als Regel mindestens einen halbstündigen Spaziergang pro Tag vorsieht, jenes Minimum an körperlicher Bewegung, auf das auch ein Gefangener Anspruch erheben kann, nicht unterschreitet"[9].

Denn es geht hier — im Gegensatz etwa zur Beschränkung der freien Wahl des Radioprogrammes — „um die Gewährleistung des für ein menschenwürdiges Dasein unerläßlichen Mindestmaßes an Freiheit"[10].

Während das Bundesgericht 1973 noch keine einzige Bestimmung der Verordnung über die Bezirksgefängnisse aufhebt, erklärt es 1976 bereits eine ganze Reihe von Vorschriften der Verordnung über die Polizeigefängnisse für verfassungswidrig[11]. Dies trifft nun auch für die Vorschrift zu, wonach Gefangene nach Ablauf einer Woche „in der Regel jeden dritten Tag eine halbe Stunde" unter Aufsicht spazieren dürfen: „Wegen der vorrangigen Bedeutung der körperlichen Betätigung für die physische und psychische Gesundheit ist aus dem ungeschriebenen Grundrecht der persönlichen Freiheit heute abzuleiten, daß den Gefangenen, die nicht im Freien arbeiten, nach mehr als einer Woche Haftdauer Gelegenheit gegeben werden muß, unter Aufsicht täglich eine halbe Stunde an der frischen Luft zu spazieren[12]." Als Ziel setzt

seine enge Praxis bezüglich der Strafgefangenen und verlangt lediglich, daß Untersuchungsgefangene im Polizeigefängnis gleich behandelt werden wie jene im Bezirksgefängnis.

[8] BGE 99 Ia 262 ff., 286. Nach BGE 102 Ia 299 ff., 301 ist es auch zulässig, als Besucher in der Regel nur Angehörige zuzulassen; diese Einschränkung sei nicht menschenunwürdig, weil sie im Normalfall den Gefangenen ermögliche, den Kontakt zu denjenigen Personen aufrechtzuerhalten, die ihnen am nächsten stehen, und weil Ausnahmen möglich seien. — Ob eine Viertelstunde pro Woche den beiden Personen erlaubt, einen menschenwürdigen Kontakt aufrechtzuerhalten, muß freilich bezweifelt werden.

[9] BGE 99 Ia S. 281. Das Gericht verzichtet 1973 jedoch noch darauf, die Regel aufzuheben, wonach ein Spaziergang nur mindestens dreimal eine halbe Stunde wöchentlich gewährleistet wird, weil dies in verschiedenen Kantonen erhebliche praktische Schwierigkeiten zur Folge hätte. Doch bezeichnet es den Ausbau der Gefängnisse als dringend und behält sich vor, in Zukunft „ohne Rücksicht auf die praktischen Verhältnisse ein(en) verfassungsmäßige(n) Anspruch auf ein gewisses Minimum an täglicher Bewegung" anzuerkennen (ebd.).

[10] BGE 99 Ia 262 ff., 285.

[11] BGB 102 Ia 279 ff.

[12] Ebd., S. 290 ff., 292.

das Gericht die Erfüllung des Mindestgrundsatzes für die Behandlung der Gefangenen, der diesen ein Recht auf täglich mindestens eine Stunde Bewegung oder geeignete Leibesübungen im Freien zuerkennt[13].

Verfassungswidrig ist auch die Vorschrift, wonach die Betten in den Zellen tagsüber hochzuklappen sind: „Die Möglichkeit, sich tagsüber auf sein Bett zu legen, ist eine der elementarsten Freiheiten, die ein Gefangener in Einzelhaft beanspruchen kann. Sie ihm zu verweigern, läßt sich mit sachlichen Gründen schlechterdings nicht rechtfertigen[14]."

Aufgehoben hat das Bundesgericht ferner das Verbot, Bücher (mit Ausnahme von „Lehrbüchern") von außen zu beziehen. Nach den Grundsätzen, die das Bundesgericht dabei für die Untersuchungshaft aufstellt, dürfen Bücher, die von Privatpersonen zugesandt werden, dem Gefangenen vorenthalten werden. Für Bücher, die direkt von einer Buchhandlung zugestellt werden, gilt dies nur, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, daß unzulässige Verbindungen zwischen dem Gefangenen und der Außenwelt aufgenommen werden sollen. In diesem Fall hat die Gefängnisverwaltung jedoch auf Kosten des Untersuchungsgefangenen das gewünschte Buch bei einer Buchhandlung ihrer Wahl zu besorgen, wenn der Untersuchungsbeamte zustimmt. Der Bücherbezug kann nur eingeschränkt werden, wenn davon ein übermäßiger Gebrauch gemacht wird oder der Haftzweck gefährdet würde[15].

Das Recht zur Mitnahme von Radioapparaten in die Zelle ist vom Bundesgericht unterschiedlich beurteilt worden[16]. Angesichts der Mißbrauchsgefahr kann nach heutiger Praxis den Gefangenen der Besitz eigener Geräte verweigert und das im Gefängnis offiziell in die Zellen vermittelte Radioprogramm zugemutet werden[17]. Dient eine Anstalt lediglich dazu, Gefangene für eine sehr kurze Zeit aufzunehmen, so kann die Mitnahme von Radiogeräten in die Zellen trotz dem Fehlen anstaltseigener Radioanlagen untersagt werden. Bleiben in einer solchen Anstalt Gefangene jedoch auch für längere Zeit inhaftiert, so muß ihnen nach Ablauf einer Woche Haftdauer die Benützung eigener, kontrollierter und plombierter Apparate bewilligt werden[18].

---

[13] Ebd., S. 292 (Resolution (73) 5 vom 19. 1. 1973 des Ministerkomitees des Europarates, Nr. 20).

[14] Ebd., S. 288 E. 4. Es fällt auf, daß die Verletzung der Menschenwürde oder elementarer Freiheiten oft mit Wendungen begründet wird, die sonst für die Umschreibung von Willkür verwendet werden: Die Mißachtung des Elementaren ist willkürlich. Berührt nicht umgekehrt jede Willkür die Würde des Betroffenen (vgl. hinten Ziffer 242.2)?

[15] Ebd., S. 294 f. E. 8 c.

[16] Vgl. BGE 96 IV 45 ff., 47; 97 I 839 ff., 847 E. 8 b.

[17] BGE 99 Ia 262 ff., 283 E. 11.

[18] BGE 102 Ia 279 ff., 296 E. 9.

Die generelle Aufhebung des Rechts auf freie Arztwahl läßt sich gegenüber Untersuchungsgefangenen zwar nicht vom Zweck der Haft her begründen, wohl aber aus dem Interesse an einer vernünftigen Ordnung und Organisation der Anstalt[19]. Die Garantie der persönlichen Freiheit gewährleistet jedoch den Anspruch auf eine einwandfreie ärztliche Betreuung der Gefangenen. Ist daher eine spezialärztliche Behandlung angezeigt oder das Vertrauensverhältnis zum Gefängnisarzt gestört, so muß der Gefangene von einem anderen Arzt untersucht oder behandelt werden[20].

Die Berechnung des Verdienstanteils nach Arbeitsleistung und gutem Verhalten verletzt Menschenwürde und persönliche Freiheit nicht. Immerhin räumt das Gericht dem Gefangenen einen Anspruch auf „verfassungskonforme Entlöhnung" als Schutz vor „Ausbeutung" ein (den die Verordnung über die Bezirksgefängnisse freilich wahrt): Die Vorschrift „regelt auf jeden Fall nicht eine die Menschenwürde verletzende, ausbeuterische Methode der Berechnung des Verdienstanteils, sondern gibt Richtlinien, die eine verfassungskonforme Entlöhnung der Gefangenenarbeit durchaus ermöglichen"[21]. Bemerkenswert ist immerhin, daß das Bundesgericht bereit ist, dem Grundsatz der Menschenwürde auch ökonomische Bedeutung zuzumessen: Die Ausbeutung der Arbeitskraft der Gewaltunterworfenen durch die Anstalt könnte die Menschenwürde verletzen[22].

Schließlich bejaht das Bundesgericht nun die Frage, ob die Verfassung auch bloße Gefühlswerte schütze. Während die Frage in BGB 90 I 36 offen gelassen worden war, hatte das Gericht im Entscheid 98 I a 508 ff., 523 hervorgehoben, daß in der Zwischenzeit die persönliche Freiheit neu umschrieben worden sei und nun insbesondere auch die Menschenwürde schütze. Doch brauchte auch hier die Frage noch nicht entschieden zu werden.

1973 aber räumt das Bundesgericht auf die Rüge, mit dem Entzug des Schreibgerätes und anderer Gegenstände, die für den Gefangenen einen großen Gefühlswert hätten, werde er ohne plausiblen Grund in seiner Menschenwürde getroffen, ohne weiteres ein: „die Gefängnisverwaltung darf selbstverständlich nicht in einer schikanösen Weise ungefährliche Objekte, die für den Gefangenen einen erheblichen Affektionswert haben (wie Bilder und Bücher) von der Mitnahme aus-

[19] BGE 102 Ia 302 ff., 305.

[20] Ebd., S. 306. Zum Recht auf freie Arztwahl als Teilgehalt der persönlichen Freiheit vgl. BGE 101 Ia 575 ff., 577.

[21] BGE 99 Ia 262 ff., 277.

[22] Wird damit nicht anerkannt, daß die Würde des Menschen verletzt ist, wenn ihm die Frucht seiner eigenen Arbeit mißbräuchlich vorenthalten wird?

schließen. Die angefochtenen [Paragraphen] gestatten jedoch eine verfassungskonforme, die Menschenwürde achtende Auslegung"[23]. Danach ist der Gefühlswert, den ein Gegenstand für den Gefangenen hat, jedenfalls als wesentlicher Gesichtspunkt beim Entscheid darüber zu beachten, welche Gegenstände der Gefangene in die Zelle mitnehmen darf. 1976 hob das Gericht sogar eine Vorschrift über die Mitnahme persönlicher Habe in die Zelle unter anderem deshalb auf, weil die Verordnung nicht mit der gewünschten Deutlichkeit zum Ausdruck brachte, „daß die Mitnahme anderer Gegenstände als derjenigen der ‚persönlichen Ausrüstung' vom Gefangenenwart gestattet werden *muß*, wenn die Sachen für die Gefangenen einen hohen Affektionswert besitzen oder wenn sie der Selbstbeschäftigung dienen (...), sofern ihr Vorhandensein mit dem Erfordernis einer übersichtlichen und leicht kontrollierbaren Zellenordnung vereinbar ist und dem Zweck der Haft nicht zuwiderläuft"[24]. Damit wird grundsätzlich ein bedeutendes Affektionsinteresse als rechtserheblich anerkannt; zumindest, wenn es mit der Rüge der Verletzung der Menschenwürde oder der persönlichen Freiheit geltend gemacht wird.

Im Entscheid 100 I a 189 ff., 194 f. hat das Bundesgericht aber auch bereits eine erste Absicherung des Grundsatzes der Menschenwürde gegen eine endlose Ausuferung vorgenommen. Gegenüber der Rüge des Beschwerdeführers, die Verweigerung des Leumundszeugnisses verletze seine Würde, wendet das Gericht ein, man könne eine Verletzung der persönlichen Freiheit nicht schon dann annehmen, wenn der Betroffene im Bewußtsein seiner eigenen Würde verletzt sei. Dieser Begriff erhielte sonst eine derart ausgedehnte Bedeutung, daß nicht abzusehen wäre, welche Grenzen ihm gesetzt werden könnten. Hingegen könne man sich fragen, ob die persönliche Freiheit, welche dem Schutz der Menschenwürde diene, den öffentlich-rechtlichen Persönlichkeitsschutz gewährleiste. Demnach würden alle Maßnahmen der Behörden gegenüber einem Bürger, die dazu angetan wären, sein Ansehen in Frage zu stellen, dieses ungeschriebene Grundrecht verletzen. Das Bundesgericht verwirft auch diese Ausdehnung der Bedeutung der persönlichen Freiheit, weil sonst z. B. die Verweigerung einer Beförderung oder die Konkurseröffnung die Menschenwürde verletzen könnte[25]. Es hieße Art. 4 BV durch eine ungeschriebene Verfassungsbestimmung überlagern, deren Umfang unbestimmt bliebe. Die Tragweite, die das Bundesgericht Art. 4 BV verliehen habe, lasse eine derartige Ausdehnung der persönlichen Freiheit übrigens überflüssig und unangebracht erscheinen.

[23] Ebd., S. 273 f.

[24] BGE 102 Ia 279 ff., 287 f.

[25] Vgl. dazu kritisch hinten Ziff. 242.3.

Damit erreicht das Bundesgericht eine doppelte Eingrenzung des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde:

Einmal grenzt es den Eigenwert des Individuums in der Gesellschaft ab vom bloß subjektiven Selbstwertgefühl des einzelnen. Soll dem Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde ein selbständiger Normgehalt bewahrt bleiben, so darf er nicht vor jeder Verletzung persönlicher Gefühle schützen wollen, sondern muß sich auf einen Kernbereich oder ein Mindestmaß beschränken. Für den Bereich der Ehre hat dies das Bundesgericht im Entscheid 100 II 177 ff., 179 so erläutert: „Der zivilrechtlich geschützte Bereich der Ehre hängt, abgesehen von dem jedem Menschen zukommenden Mindestmaß von Menschenwürde, weitgehend von der sozialen Stellung und der Umgebung der betroffenen Person ab." Die Menschenwürde stellt stets nur einen allen Menschen gleich zustehenden Minimalschutz dar, der längst nicht alle Ansprüche deckt, die der Persönlichkeit in der schweizerischen Rechtsordnung zustehen. Das subjektive Selbstwertgefühl wird den rechtlichen Schutz, wenn überhaupt, meist in anderen Rechtsnormen als der Menschenwürde finden.

Zugleich beschränkt das Bundesgericht den Anwendungsbereich des Grundsatzes auf jene Aspekte der persönlichen Entfaltung, die nicht durch andere verfassungsmäßige Rechte geschützt werden. Solange diese den einzelnen genügend schützen, soll die Menschenwürde nicht angerufen werden können. Sie ist als Entscheidungsnorm nur subsidiär anwendbar[26].

Mit den angeführten Zitaten sind die Aussagen des Gerichts zum Gehalt der Menschenwürde beinahe erschöpft. Es sei hier noch ein letzter Entscheid angeführt, in dem der Grundsatz zwar nicht erläutert, aber in einen Zusammenhang gestellt wird, der ihm die Bedeutung einer Gewährleistung der geistigen Integrität des einzelnen zu verleihen scheint. Das Bundesgericht sagt im Entscheid 98 I b 301 ff., 307, an Hochschulen müsse eine „geistige Atmosphäre" herrschen, „in der Studenten und Dozenten sich gegenseitig in Achtung begegnen, in Achtung vor dem Können, vor dem kritischen Sinn, vor dem Andersdenken, vor der Menschenwürde all derer, die in der Hochschule arbeiten"[27].

---

[26] Vgl. BGE 102 Ia 321 ff., 325. Das Bundesgericht bezieht sich zwar unmittelbar auf die persönliche Freiheit; da diese aber nach seiner Praxis den Schutz der Menschenwürde zu garantieren hat, muß die Subsidiarität auch für den Verfassungsgrundsatz gelten. Vgl. sogleich Ziffer 214.

[27] Leider ist kaum ersichtlich, welche Bedeutung die Menschenwürde für den gefällten Entscheid hatte, es sei denn, man nehme an, daß der Präsident des VSETH durch den krassen Mißbrauch des Vertrauens des Rektors dessen Menschenwürde berühren könne.

214 Der Schutz der Menschenwürde durch das Grundrecht der persönlichen Freiheit

Obwohl das Bundesgericht den Grundsatz der Menschenwürde auch mit Art. 4 BV in Zusammenhang bringt[28], ordnet es ihn systematisch der persönlichen Freiheit zu. Diese ist von der neuesten Praxis zu einer Auffangklausel ausgestaltet worden, auf die „sich der Bürger in Fällen, in denen kein dem geschriebenen oder ungeschriebenen Verfassungsrecht angehörendes Freiheitsrecht in Frage steht, zum Schutz seiner Persönlichkeit und Menschenwürde" berufen kann (BGE 97 I 45 ff., 50). Nach den Worten des Bundesgerichts stellt die Menschenwürde selber nicht unmittelbar anwendbares Verfassungsrecht dar. Sie ist vielmehr ein Wert, ein Rechtsgut, dem als Schutznorm die persönliche Freiheit zugeordnet wird.

Wie es dazu kam, daß das Bundesgericht die Menschenwürde nicht unmittelbar, sondern über das Grundrecht der persönlichen Freiheit schützt, wird verständlich, wenn man die Entwicklung dieses Grundrechts in der neueren Rechtsprechung verfolgt:

In der älteren Praxis gewährleistete die persönliche Freiheit nach Maßgabe der Kantonsverfassungen „die körperliche Freiheit in umfassender Weise, nämlich die freie Bewegung im Raum und die körperliche Unversehrtheit" (BGE 88 I 260 ff., 272). Im Entscheid 89 I 92 ff., 98 zog das Gericht sodann aus der Feststellung, die physische Freiheit sei „die Voraussetzung für die Ausübung aller anderen Freiheitsrechte" und bilde „damit einen unentbehrlichen Bestandteil der rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes", den Schluß, die Garantie der persönlichen Freiheit gehöre dem ungeschriebenen Verfassungsrecht des Bundes an. Damit erhob das Gericht ein Grundrecht, das aus dem Staatsrecht der Kantone bereits bekannt war, auf die Ebene des Bundesrechts. In der Tat konnte dieses logischerweise nicht eine ganze Anzahl von Individualrechten gewährleisten, ohne dem Bürger jene Bewegungsfreiheit und Unversehrtheit des Körpers zu sichern, die zur Ausübung dieser Rechte notwendig sind.

In BGE 90 I 29 ff., 36 wurde dieses Argument zur Grundlage einer wesentlichen Umdeutung der persönlichen Freiheit. Vom Garant zweier Voraussetzungen der Ausübung verfassungsmäßiger Grundrechte wurde sie zum Garant *der Voraussetzungen schlechthin:* Nun sollte sie die unerläßlichen tatsächlichen Bedingungen für eine wirksame Ausübung der übrigen Freiheitsrechte sicherstellen („elle vise à garantir l'existence des conditions de fait indispensables pour que l'homme puisse effectivement exercer ces autres libertés"). Da diese Rechte nicht nur den Körper schützen, sondern auch geistige Interessen, umfaßte

[28] Vgl. v. a. ZBl 65 (1964) S. 216; hinten Ziffer 216.

nun die persönliche Freiheit notwendigerweise neben der körperlichen auch die geistige Integrität[29].

Doch das Bundesgericht ging noch weiter: Die persönliche Freiheit gewährleistet nicht nur (in dienender Stellung) die unerläßlichen Voraussetzungen der Ausübung der einzelnen Grundrechte der Verfassung. Sie ist darüber hinaus die Hauptfreiheit, aus der alle anderen verfassungsmäßigen Rechte abgeleitet sind („la liberté première, dont découlent tous les autres droits constitutionnels")[30].

Welche Konsequenzen für die Grundrechtstheorie auch immer aus diesem Konzept der persönlichen Freiheit gezogen werden: dieses Grundrecht steht in Gefahr, seinen konkreten, unmittelbar anwendbaren Gehalt zu verlieren, wenn es nicht einem bestimmten Grundwert zugeordnet wird. Als solcher bietet sich zwangslos die Menschenwürde an. Das Bundesgericht stellt denn auch noch im gleichen Entscheid fest, die Gewährleistung der Menschenwürde sei der eigentliche Sinn der persönlichen Freiheit („... garantir la dignité humaine, ce qui est le propre de la liberté individuelle"; S. 37/8). Die persönliche Freiheit wird so zur Rechtsform, in der die Menschenwürde Schutz findet.

Über den Normgehalt der so verstandenen persönlichen Freiheit und ihr Verhältnis zu den übrigen Freiheitsrechten einerseits und der Menschenwürde andererseits spricht sich das Bundesgericht am deutlichsten im Entscheid 97 I 45 ff., 49/50 aus:

„Die in diesem Sinne institutionell verstandene persönliche Freiheit gewährleistet somit als verfassungsrechtlicher Leitgrundsatz alle Freiheiten, welche elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung des Menschen darstellen; sie bietet auf diese Weise einen umfassenden Grundrechtsschutz, der sich auf den Inhalt und Umfang der übrigen verfassungsmäßig gewährleisteten Freiheitsrechte entscheidend auswirkt. Die persönliche Freiheit in diesem Sinne ist zwar mit den andern Freiheitsrechten der Verfassung nicht identisch und kann deshalb grundsätzlich nicht zum

[29] Zuletzt bestätigt in BGE 101 Ia 336 ff., 346 E. 7 a (mit Verweisen). In dem vom Bundesgericht zu beurteilenden Falle ging es um den Schutz der Beurteilungs- und Handlungsfreiheit eines Bürgers, der sich weigerte, zu Beweiszwecken in den Zustand der Trunkenheit versetzt zu werden.

[30] BGE 90 I 29 ff., 37. Ob das Bundesgericht damit wirklich ein „Mutterrecht" oder in Anlehnung an die deutsche Praxis eine allgemeine Handlungsfreiheit schaffen wollte oder ob es auf diese Weise gar der Forderung Giacomettis nach lückenlosem Schutz der Freiheit durch ein geschlossenes Grundrechtssystem (vgl. Freiheitsrechtskataloge, S. 149 ff., abgelehnt in BGE 97 I 49) entsprechen wollte, kann hier offengelassen werden (vgl. dazu hinten Ziffer 241.2). Es wäre jedoch interessant zu untersuchen, wieweit der Gebrauch der französischen Sprache dem Entscheid eine abstraktere Bedeutung verleiht, als gemeint sein mag. Es fällt jedenfalls auf, daß in früheren Entscheiden „la liberté individuelle" dort stand, wo auf deutsch nicht „die persönliche Freiheit", sondern „die Freiheitsrechte" stehen müßte. Das welsche Denken lag einem ganzheitlichen Konzept der Freiheit vielleicht von jeher näher als das deutsche.

Schutz gegen Beschränkungen derselben angerufen werden (BGE 88 I 272); sie gilt indessen als notwendige Voraussetzung für deren Ausübung und wirkt überdies als unmittelbar anwendbares Verfassungsrecht in dem Sinne komplementär, als sich der Bürger in Fällen, in denen kein dem geschriebenen oder ungeschriebenen Verfassungsrecht angehörendes Freiheitsrecht in Frage steht, zum Schutz seiner Persönlichkeit und Menschenwürde auf sie berufen kann."

Das Bundesgericht will somit jenes Mindestmaß an persönlicher Entfaltung, das die Menschenwürde jedem verbürgt, auf dem Weg über die persönliche Freiheit umfassend schützen. Diese stellt selber einen — mit der Menschenwürde zusammenfallenden? — verfassungsrechtlichen Leitgrundsatz dar, der sich auf den Gehalt der übrigen Freiheitsrechte „entscheidend auswirkt" und zudem dort, wo kein solches in Frage steht, als unmittelbar anwendbares Verfassungsrecht die Menschenwürde schützt[31].

In dieser letzten Funktion hat das Bundesgericht neben der Fähigkeit, eine bestimmte tatsächliche Begebenheit zu würdigen und danach zu handeln (BGE 90 I 29 ff., 36) und dem Recht auf freie Beschäftigung (BGE 97 I 45 ff., 53) auch die Freiheit geschützt, „über seine Lebensweise zu entscheiden, insbesondere seine Freizeit zu gestalten, Beziehungen zu seinen Mitmenschen anzuknüpfen und sich Kenntnis über das Geschehen in seiner näheren und weiteren Umgebung zu verschaffen" (BGE 97 I 839 ff., 842)[32].

215 Der Schutz der Menschenwürde durch die unverzichtbaren und unverjährbaren Rechte

Je nachdem, wie man das neue Konzept des Bundesgerichts von der persönlichen Freiheit deutet, scheint es, die Menschenwürde könne durch jenes Grundrecht hinreichend geschützt werden. Ob dies zutrifft, hängt jedoch davon ab, ob und in welcher Weise sich die persönliche Freiheit auf die andern Freiheitsrechte „entscheidend auswirkt".

---

[31] Vgl. auch BGE 98 Ia 508 ff., 522; 100 Ia 189 ff., 193; 102 Ia 279 ff., 282 und 302 ff., 303; 321 ff., 325.

[32] Der Entscheid betraf freilich die beschränkte Freiheit eines Untersuchungsgefangenen. Geschützt wird dadurch nur der Kern jener Freiheit, die der Bürger normalerweise genießt. BGE 101 Ia 336 ff., 346 E. 7 a bezeichnet denn auch die hier gewählte Wendung als sehr weitgehende Formulierung, in welcher die Grenze des erweiterten Grundrechts der persönlichen Freiheit nicht erkennbar werde, stellt jedoch klar, daß dieses „nicht jede noch so nebensächliche Wahl- oder Betätigungsmöglichkeit des Menschen" umfasse. Vielmehr schützt das Bundesgericht „nur elementare Möglichkeiten, die für die Persönlichkeitsentfaltung wesentlich sind und jedem Menschen zustehen sollten" (S. 347). Entsprechend erfaßt die persönliche Freiheit als Schutzgut wohl nicht geradezu „alle Fähigkeiten und Tätigkeiten, in denen sich die menschliche Existenz verwirklicht", wie *J. P. Müller* (ZSR 91 (1972) S. 209 ff., 213) meint.

Eine solche Auswirkung kann in der Lehre von den unverzichtbaren und unverjährbaren Rechten erblickt werden. Hierbei handelt es sich um Grundrechte, die „ebensosehr um der öffentlichen Ordnung willen wie zum Schutze des einzelnen verfassungsmäßig gewährleistet sind" und wozu neben der Niederlassungsfreiheit „auch andere, dem einzelnen um seiner Persönlichkeit zustehende fundamentale Rechte" zählen (BGE 88 I 260 ff., 267; vgl. auch BGE 28 I 127 ff., 129 wonach eine Verletzung dieser Rechte eine Beeinträchtigung fundamentaler Prinzipien bedeute, auf welchen der Staat selber beruhe). Diese Rechte genießen einen erhöhten Schutz: Ihre Verletzung darf auch noch gegenüber Vollzugsakten geltend gemacht werden, die sonst wegen Mängeln, die bereits ihrer Grundlage anhaften, nicht angefochten werden können.

Nach BGE 90 I 29 ff., 37 sind diese Rechte alle dazu bestimmt, die Menschenwürde zu gewährleisten. Sie stehen demnach dem Eigenwert des Individuums besonders nahe und schützen die Persönlichkeit. Wie ein Blick auf die Liste dieser Rechte zeigt, lassen sie sich leicht als Konkretisierungen des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde deuten[33]: Das Bundesgericht nennt als unverzichtbar und unverjährbar die Glaubens- und Gewissensfreiheit, die Kultusfreiheit, das Recht auf religiöse Erziehung der Kinder, das Verbot der Ausweisung aus dem Heimatkanton, das Recht auf Ehe, das Verbot des körperlichen Zwangs und der Körperstrafen (mit Ausnahme der Todesstrafe) und die Niederlassungsfreiheit (BGE 28 I 129), sowie die persönliche Freiheit und das Verbot des Schuldverhaftes (BGE 88 I 267, bestätigt in BGE 93 I 351)[34].

Die genannten Rechte sind in besonderem Maße persönlichkeitsbezogen: Sie schützen elementare Voraussetzungen einer menschenwürdigen körperlichen und geistigen Existenz. Zugleich zeichnen sie das Menschenbild unserer Rechtsordnung. In dessen Mittelpunkt liegen die körperliche und die geistige Integrität, wobei die Niederlassungsfreiheit und das Ausweisungsverbot auch andeuten, daß der einzelne zu seiner Entfaltung der freien Wahl und der Sicherung seines Lebensraumes bedarf. Sodann wird bereits mit der Kultusfreiheit, aber vor allem mit der Ehefreiheit über den Schutz der geistigen (religiösen) Integrität des einzelnen hinaus dessen soziale Natur und der Anspruch auf Teilhabe an mitmenschlicher Gemeinschaft anerkannt. Das Verbot

[33] Freilich handelt es sich dabei um eine Interpretation, die erst im Nachhinein erfolgt. Das Bundesgericht hat die unverzichtbaren und unverjährbaren Rechte erst im zitierten Entscheid mit der Menschenwürde in Zusammenhang gebracht. Diese Bezugnahme rechtfertigt es jedoch, jene Grundrechte zur Bestimmung des Gehaltes der Menschenwürde nach der Praxis des Bundesgerichts heranzuziehen.

[34] Als „unverjährbar" gilt auch die Garantie des Wohnsitzgerichtsstandes (BGE 87 I 126 ff., 129; Aubert, Traité N. 1712).

des Schuldverhafts schließlich weist auf eine Wertordnung, die der freien Person den Vorrang über materielle Werte sichert. Darauf deutet auch der Umstand, daß Rechte wie die Handels- und Gewerbefreiheit und die Eigentumsgarantie, die vor allem die wirtschaftliche Freiheit und Sicherheit gewährleisten und — jedenfalls heute — wenig persönlichkeitsbezogen sind, nicht zur Gruppe der unverzichtbaren und unverjährbaren Rechte gehören[35].

216 Der Schutz der Menschenwürde durch Art. 4 BV

Das Bundesgericht hat aus der Rechtsgleichheit eine Vielfalt von Grundsätzen und Ansprüchen abgeleitet, lange bevor es die persönliche Freiheit zum „Hauptfreiheitsrecht" ausgestaltet hat. Es erblickt in Art. 4 BV „die Grundlage des Rechtsstaates" überhaupt[36]. Die Verwurzelung des Gleichheitssatzes und des Willkürverbotes im Rechtsstaatsprinzip und ihre Ausrichtung auf den Gerechtigkeitsgedanken[37] haben es wohl überflüssig erscheinen lassen, danach zu fragen, wie sich das Gebot der Rechtsgleichheit zum Grundsatz der Menschenwürde verhalte.

Einzig in jenem grundlegenden Entscheid (ZBl 65 (1964) S. 216 ff.) zu diesem Grundsatz hat das Bundesgericht zur Begründung des Anspruchs auf rechtliches Gehör neben dem Gebot der Gerechtigkeit auch die Würde des von der Entscheidung betroffenen einzelnen angeführt.

Die formelle Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör[38] läßt sich denn auch nicht mit dem Gebot der gerechten Entscheidung begründen. Eine solche kann u. U. auch dann gefällt werden, wenn dem Betroffenen kein Gehör gewährt wird. Wenn das Bundesgericht Entscheide ungeachtet dessen aufhebt, ob sie gerecht seien oder nicht, falls die Vorinstanz dem Bürger das Gehör verweigert hat, so deshalb, weil die Würde des Menschen verlangt, daß er nicht bloß Objekt der behördlichen Ent-

---

[35] So auch *J. P. Müller*, die Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Schweiz, ZSR NF Bd. 94 (1975) I S. 398.

Zum Begriff dieser Rechte vgl. *Ch. Leuenberger*, Die unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechte in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Abhandlungen zum schweizerischen Recht 441, Bern 1976. Leuenberger geht jedoch dem Zusammenhang dieser Rechte mit der Persönlichkeit und Würde des Menschen kaum nach (vgl. S. 41 und 83). Er verweist lediglich auf die Vorzugstellung der persönlichkeitsbezogenen Grundrechte bei den Befristungsausnahmen (S. 109 f.). Zur Kritik am Katalog der qualifizierten Grundrechte, wie ihn das Bundesgericht erstellt hat, vgl. S. 81 ff.; *P. Saladin* (Grundrechte im Wandel, S. 292) möchte ihn vor allem durch die Meinungs- und die Pressefreiheit ergänzt wissen.

[36] BGE 94 I 513 ff., 521; ähnlich BGE 93 I 1 ff., 3.

[37] Vgl. BGE 90 I 137 ff., 139 und 93 I 1 ff., 6 unten.

[38] Vgl. statt vieler: BGE 89 I 153 ff., 158; sowie 92 I 259 ff., 264; 96 I 184 ff., 188 E. 2 b und 98 I a 1 ff., 8 E. 3.

scheidung sei, sondern Einfluß auf das Verfahren und dessen Ergebnis nehmen könne.

Zumindest der Anspruch auf rechtliches Gehör stellt somit nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Auswirkung des Grundsatzes der Menschenwürde dar. Obwohl das Gericht noch nie Gelegenheit hatte, sich dazu auszusprechen, kann vermutet werden, daß jede formelle Rechtsverweigerung als Beeinträchtigung der Menschenwürde des Betroffenen gewertet würde.

Damit stellt sich die Frage nach dem Verhältnis des Schutzes der Menschenwürde durch die persönliche Freiheit (und die einzelnen Freiheitsrechte, vor allem die unverzichtbaren und unverjährbaren) einerseits und durch Art. 4 BV anderseits. Soweit das *Verbot der formellen Rechtsverweigerung* in Frage steht, drängt sich die These auf, dieses gewährleiste den verfahrensmäßigen Schutz der Menschenwürde, während die persönliche Freiheit den materiellen Schutz der Würde gewähre. Dieser Unterscheidung scheint das Bundesgericht zu folgen, wenn es versucht, den Geltungsbereich der persönlichen Freiheit von jenem des Art. 4 BV abzugrenzen. Im Entscheid 100 Ia 180 ff., 186 E. 4 legt es dar, daß der Anspruch auf einen amtlichen Verteidiger im Strafverfahren ausschließlich im Rahmen von Art. 4 BV zu beurteilen sei. Es gebe nicht daneben noch einen „direkt aus dem Grundrecht der persönlichen Freiheit abzuleitenden verfassungsrechtlichen Anspruch auf Beigabe eines Offizialverteidigers" (S. 187). Aufschlußreich ist die Überlegung, die das Gericht zu diesem Ergebnis führt:

> „Wird einem Verhafteten kein Offizialverteidiger bestellt, so beschränkt dies nicht seine persönliche Freiheit, sondern beeinträchtigt höchstens die faktischen Verteidigungsmöglichkeiten ...
>
> Art und Bedeutung des allenfalls auf dem Spiele stehenden Grundrechts beeinflussen zwar das nach Art. 4 BV gewährleistete Mindestmaß an Rechtsschutz, doch kann jenes durch die Verweigerung einer bestimmten formellen Verteidigungsmöglichkeit nicht verletzt sein" (S. 186).

Die amtliche Verteidigung dient nur mittelbar der persönlichen Freiheit des Verhafteten, der mit einer Freiheitsstrafe zu rechnen hat. Unmittelbar dient sie seinen Verteidigungsrechten im Verfahren, in welchem über den Freiheitsentzug entschieden wird. Diese Verteidigungsrechte werden jedoch durch Art. 4 BV gewährleistet, der deshalb anzurufen ist. Im Einklang mit seiner Praxis zur Konkurrenz mehrerer Grundrechte[39] verweigert das Bundesgericht der persönlichen Freiheit eine selbständige zusätzliche Schutzwirkung neben Art. 4 BV. Es öffnet ihr aber eine Einflußmöglichkeit, die auf einfachere Art zum selben Ergebnis führt: Das Mindestmaß an Rechtsschutz, das Art. 4 BV ge-

[39] Vgl. hinten Ziffer 222.1.

währleistet, wird durch die persönliche Freiheit mitbestimmt[40]. Das Verfahren muß der Sache, um die es geht, angemessen sein.

Mit dieser Bestimmung des Verhältnisses von Verfahrensschutz und materieller Garantie ist das Bundesgericht durchaus in der Lage, den Schutz der Menschenwürde durch die persönliche Freiheit und durch das Verfahrensrecht miteinander in Einklang zu bringen. Ungeklärt ist jedoch, welche Bedeutung dem Gleichheitssatz und dem materiellen Willkürverbot für die Menschenwürde beizumessen ist. Das Bundesgericht hat soweit ersichtlich nie erklärt, eine rechtsungleiche oder willkürliche Behandlung verstoße gegen die Menschenwürde. Das mag damit zusammenhängen, daß Eingriffe in die Rechte des einzelnen, die dessen Würde verletzen könnten, so schwer sind, daß das Bundesgericht sie frei überprüft und daher die Rüge der Willkür überflüssig wird. Art. 4 BV müßte somit den materiellen Schutz der Menschenwürde vor allem dort übernehmen, wo kein besonderes verfassungsmäßiges Recht zur Verfügung steht. Nachdem heute die persönliche Freiheit in diesen Fällen den Schutz der Menschenwürde übernimmt, scheint vorerst für Art. 4 BV wenig Raum zu bleiben[41].

Anderseits bedarf die *formale Gleichbehandlung* der Bürger keiner Abstützung auf sachliche Gehalte, weshalb verständlich ist, daß das Bundesgericht sich nie veranlaßt sah, den Gleichheitssatz mit der Menschenwürde in Verbindung zu bringen. Die Frage würde sich erst stellen, wenn das Gericht der Menschenwürde die Forderung nach einem Mindestmaß materieller Gleichstellung entnehmen würde. Bisher ist dies — zumindest ausdrücklich — noch nicht geschehen.

Es ist freilich nicht zu übersehen, daß das Bundesgericht dem Gleichheitssatz auch schon die Tragweite eines *materiellen Gerechtigkeitsgebots* verliehen hat. Dies jedoch ohne Bezug zur Menschenwürde:

Bereits im Entscheid 13, S. 251 ff., 254 hat das Bundesgericht aus Art. 4 BV das prozessuale Armenrecht abgeleitet und festgehalten, daß die formelle Gleichbehandlung aller Bürger das Prinzip der Rechtsgleichheit verletzen könne. Denn dieses fordere gewiß, „daß dem armen Angeklagten die gleichen Garantien richtiger Rechtsprechung gewährt werden, wie dem Begüterten". Eine Vorschrift, welche ohne Ausnahme von allen Bürgern eine Rechtsmittelgebühr verlange, stehe „der prak-

---

[40] Zur Frage der Übertragung dieses Gedankens auf das Verhältnis aller Grundrechte untereinander vgl. hinten die Ziffern 222.4 und 233.3.

[41] Ein Wirkungsfeld des materiellen Willkürverbotes als Schutzmittel der Menschenwürde liegt beispielsweise noch im Schutz der Ausländer gegen willkürliche Verweigerung von Aufenthaltsbewilligungen, da die persönliche Freiheit nicht zum Schutz von Rechten angerufen werden kann, die die Niederlassungsfreiheit und das Bundesrecht dem Ausländer verweigern. Vgl. hierzu hinten die Ziffern 225.3, 225.4 sowie vor allem 242.2.

tischen Wirkung nach in schneidendem Widerspruche mit diesem Postulat der Gerechtigkeit".

Die Verweigerung des Armenrechts wurde mit Recht als Verstoß gegen den Gerechtigkeitsgedanken gerügt. Dennoch bedeutet eine Vorschrift, durch welche dem Bedürftigen „der Rechtsschutz durch die obere Instanz tatsächlich einfach abgeschnitten wird", eine Gehörsverweigerung und damit eine Verletzung der Menschenwürde.

Aus dem Gleichheitssatz hat das Bundesgericht sodann auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Besteuerung abgeleitet. Im Entscheid 99 I a 638 ff., 652 f. hat es aus der Regel, wonach Gleiches nach Maßgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Maßgabe seiner Ungleichheit dagegen ungleich zu behandeln ist, auf die Zulässigkeit der progressiven Besteuerung geschlossen. Danach heißt materielle Gleichbehandlung der Bürger im Steuerrecht, daß mit zunehmender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit nicht nur ein gleichbleibender, sondern sogar ein wachsender Anteil des Steuersubstrats abgeschöpft werden darf. Allerdings betont das Gericht, daß sich „aus Art. 4 BV keine bestimmte Methode der Besteuerung ableiten läßt" (S. 653). Die Frage der Gleichbehandlung der Steuerpflichtigen falle letztlich zusammen mit der Frage, ob die Steuer gerecht sei (S. 654).

Auch hier ist der allgemeine Gerechtigkeitsgedanke maßgebend. Der Grundsatz der Menschenwürde könnte höchstens eine Rolle spielen, wenn zu entscheiden wäre, ob die Gleichbehandlung der Bürger es verbiete, einem Bedürftigen einen Teil der existenznotwendigen Mittel abzuschöpfen[42].

Ebenso wie den Gleichheitssatz hat das Bundesgericht auch das *Willkürverbot* inhaltlich auf den Gerechtigkeitsgedanken und nicht auf die Menschenwürde ausgerichtet. Willkürlich ist ein Entscheid — außer bei krasser Rechtsverletzung, Widersprüchlichkeit oder Aktenwidrigkeit — auch dann, wenn er „in stoßender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft" (BGE 93 I 1 ff., 6 f.). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gibt die Menschenwürde dem Betroffenen wohl einen Anspruch auf Teilnahme am Verfahren, in dem über seine Rechte entschieden wird, nicht aber auf „gesetzmäßige und ermessensfehlerfreie Entscheidung"[43]. Materielle Willkür steht danach nicht im Widerspruch zur Menschenwürde.

Tatsächlich übernimmt Art. 4 BV in der Rechtsprechung des Gerichts jedoch neben dem formellen auch den materiellen Schutz der Men-

---

[42] Vgl. zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz hinten Ziffer 265.6.

[43] BGE 98 I a 649 ff., 651. Das Gericht lehnt einen solchen Anspruch ab, weil sonst dem Ausländer auf dem Umweg über Art. 4 BV eine Beschwerdelegitimation verschafft würde, die Art. 88 OG ausschließe.

schenwürde. Ausdrücklich geschieht dies im zitierten Leumunds-Fall 100 Ia 189 ff., wo das Bundesgericht den Schutz der Würde durch die persönliche Freiheit u. a. einschränkt, weil diese sonst nur Art. 4 BV nachdoppeln würde. Diese Bestimmung gewähre dem einzelnen bereits einen genügenden Schutz und mache die verlangte Ausdehnung der persönlichen Freiheit überflüssig. Mit anderen Worten übernehmen hier der Gleichheitssatz und das Willkürverbot den Schutz der Menschenwürde an Stelle der persönlichen Freiheit.

Das ändert jedoch nichts daran, daß das Bundesgericht den Schutz der Menschenwürde durch Art. 4 BV auf die verfahrensrechtliche Stellung des Betroffenen beschränken will. Der materielle Schutz der Würde obliegt seiner Ansicht nach der persönlichen Freiheit und den einzelnen Freiheitsrechten.

217 Persönlichkeitsbezogene Verfassungsgrundsätze

Der Überblick über Gehalt und Schutzformen der Menschenwürde in der Praxis des Bundesgerichts gestattet ein erstes Bild dessen, was unter der Verfassungsnorm der Menschenwürde in der Schweiz verstanden werden muß:

Die Menschenwürde kennzeichnet eine Wertordnung, die den Eigenwert des Individuums in der Gesellschaft hochhält. Für das Verhältnis des einzelnen zum Staat bedeutet dies, daß die Behörden den Privaten nie zum bloßen Objekt herabwürdigen dürfen, sondern ihn stets als Subjekt, Person achten müssen. Im Verfahren hat der einzelne Anspruch auf Mitwirkung am Entscheid über sein Schicksal.

In seiner persönlichen Entfaltung hat er Anspruch auf ein Mindestmaß an körperlicher Bewegung und freier Betätigung, sowie an sozialem Kontakt. Seine Befähigung zur Vernunft, sein Glaube und seine Gefühlswelt sind zu achten, ebenso der Wert seiner Arbeit und sein Bedürfnis nach Teilnahme an menschlicher Gemeinschaft. Der freien Person gebührt der Vorrang über materielle Werte.

Diese Anforderungen der menschlichen Würde an den Staat finden ihren verfassungsrechtlichen Ausdruck in der persönlichen Freiheit, den unverzichtbaren und unverjährbaren Rechten und dem Verbot der formellen Rechtsverweigerung.

In einem weiteren Sinne dienen dem Schutz der angedeuteten persönlichkeitsorientierten Wertordnung neben den genannten verfassungsmäßigen Rechten aber auch noch einige allgemeine Grundsätze der Verfassung, wie etwa die Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts, der Grundsatz von Treu und Glauben oder die persönlichkeitsbezogene Grundrechtsinterpretation[44].

[44] Vgl. die ausführlichere Würdigung unter Ziffer 241.

Lange bevor die persönliche Freiheit ihre heutige Bedeutung erhielt und die Menschenwürde Eingang in die Rechtsprechung des Bundesgerichts fand, bezog sich das Gericht auf „Verfassungsgrundsätze allgemeiner Art": Schon im Entscheid 45 I 119 ff., 132 bezeichnete es die Verfügungsmacht des Lebenden über das Schicksal seines Leibes nach dem Tode als „Ausfluß der individuellen Freiheit des Bürgers, der Persönlichkeit und ihres Rechtes auf Geltung und Achtung durch die Allgemeinheit". Im selben Entscheid umriß es „die dem Eingriff des Staats entzogene Sphäre" ohne Berufung auf ausdrückliche Vorschriften als „die Betätigung der geistigen und sittlichen Individualität" (S. 133) und schützte den einzelnen so aufgrund ungeschriebener Grundsätze in seiner Persönlichkeit und geistigen Integrität[45].

Immer wieder berief sich das Bundesgericht auf den *Grundwert der Persönlichkeit:* Unverzichtbar und unverjährbar sind jene Rechte, die „dem einzelnen um seiner Persönlichkeit willen zustehen"[46]; ungeschriebene Grundrechte wie die Meinungsäußerungsfreiheit werden anerkannt, weil sie u. a. einen unerläßlichen Bestandteil der Entfaltung der Persönlichkeit darstellen[47]; die außereheliche Mutter wird — nachdem sie lange schutzlos war[48] — in Anerkennung ihres Persönlichkeitsrechtes am Kind doch noch zur staatsrechtlichen Beschwerde gegen Entscheide betreffend die Vormundschaft oder elterliche Gewalt über ihr Kind zugelassen[49].

Ebenso hat das Bundesgericht stets in der Beeinträchtigung der Persönlichkeit des andern eine Schranke der Grundrechtsausübung erblickt[50].

Schließlich wird der Grundwert der Persönlichkeit meist unmittelbar neben den Grundsatz der Menschenwürde gestellt, so etwa, wenn von der persönlichen Freiheit gesagt wird, sie schütze „alle Freiheiten, welche elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung dar-

---

[45] Mit *J. P. Müller,* Die Grundrechte der Verfassung, S. 80 darf daraus geschlossen werden, daß das Bundesgericht schon damals „erkannte, daß durch die Grundrechte dem Verfassungsrichter die Verwirklichung des Elementarwertes der gleichen Personenwürde jedes Menschen auch dort aufgegeben ist, wo in besonderen Konfliktslagen kein besonderes Grundrecht zur Verfügung steht". Vgl. BGE 97 I 221 ff., 228 E. 4 b, wo das Gericht daran festhält, daß ein Persönlichkeitsrecht den Tod des Bürgers überdauern kann.

[46] BGE 88 I 260 ff., 267. Eine ähnliche Formel verwendete das Bundesgericht, als es sich die Ausdehnung der persönlichen Freiheit auf die geistige Integrität offenhalten wollte: BGE 50 I 157 ff., 164; 88 I 260 ff., 272.

[47] Vgl. BGE 96 I 586 ff., 592.

[48] BGE 87 I 211 ff., 213.

[49] BGE 97 I 262 ff., 266 f.

[50] So ergibt sich bereits nach BGE 35 I 337 ff., 352 für die Freiheit religiöser Äußerungen eine Schranke „aus dem Gebote der Achtung der Persönlichkeit der Mitmenschen".

stellen" und könne vom Bürger „zum Schutz seiner Persönlichkeit und Menschenwürde angerufen werden[51]. Beide Werte gehören untrennbar zusammen. Wo immer ein Anspruch um der Persönlichkeit willen gewährt wird, kann angenommen werden, daß er im weiteren Sinne auch der Menschenwürde dient.

Auch der *Grundsatz von Treu und Glauben,* den das Bundesgericht aus Art. 4 BV abgeleitet hat, dient der Achtung der Würde des Bürgers im Verwaltungsverfahren. Das Gericht versteht darunter „das Gebot eines gewissenhaften, vertrauenswürdigen Verhaltens der Verwaltungsbehörden (. . .), dem ein Anspruch des Bürgers auf Schutz des berechtigten Vertrauens auf behördliche Zusicherungen und sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden entspricht"[52].

Die Achtung vor dem Bürger und seinem Vertrauen in die Behörden kann diese verpflichten, eine Auskunft oder Zusicherung gelten zu lassen, obwohl sie unwahr oder rechtswidrig ist. Der Vertrauensschutz geht der Durchsetzung richtigen Rechts dann vor, wenn die Amtsstelle, welche die unrichtige Auskunft gegeben hat, für die Auskunftserteilung zuständig war, der Bürger die Unrichtigkeit des Bescheides nicht ohne weiteres hat erkennen können und er im Vertrauen auf die Auskunft eine nicht wieder rückgängig zu machende Disposition getroffen hat[53].

Treu und Glauben schützen den Bürger so z. B. nicht nur vor falscher Rechtsmittelbelehrung durch die Behörden, sondern auch vor unklarer Regel im Prozeßgesetz, denn es entspricht „einem Gebote der Rechtssicherheit, daß die Prozeßparteien ohne weiteres in der Lage sein müssen, über den Lauf der Rechtsmittelfristen Klarheit zu erlangen"[54].

Der Grundsatz von Treu und Glauben ergänzt auf diese Weise das Gebot des rechtlichen Gehörs. Voraussetzung des letzteren ist er dort, wo die Behörde dem Bürger Anweisungen gibt, auf welche Weise er sich am Verfahren beteiligen könne oder solle; Fortbildung und Erweiterung des rechtlichen Gehörs aber ist der Grundsatz von Treu und Glauben dort, wo der Bürger als Gesprächspartner und Verfahrenspartei auf die Stellungnahme der Behörde vertraut, die diese ihm als Antwort auf seine Anhörung abgibt. In beiden Fällen aber ist der Ver-

---

[51] BGE 97 I 45 ff., 49/50. Das Bundesgericht beruft sich in diesem Entscheid nicht nur auf die Persönlichkeit und Menschenwürde, sondern darüber hinaus auf „die einer rechtsstaatlichen Freiheitsidee entsprechenden philosophischen und ethischen Prinzipien" (S. 50), sowie auf die „freiheitliche abendländische Rechtsauffassung" (S. 51).

[52] BGE 94 I 513 ff., 521.

[53] BGE 91 I 133 ff., 136; ebenso 96 I 11 ff., 15.

[54] BGE 97 I 100 ff., 106.

trauensschutz ein Ausdruck der Achtung der Person des Bürgers und damit eine Ausgestaltung des Grundsatzes der Menschenwürde.

Schließlich dient auch die *persönlichkeitsbezogene Grundrechtsinterpretation* allgemein dem besseren Schutz menschlicher Würde. Das Bundesgericht erhebt sie zwar nicht zu einem ausdrücklichen Verfassungsgrundsatz, doch folgt es ihm verschiedentlich in seiner Rechtsprechung. So gewährleistete es etwa bei der Entwicklung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren diesen Anspruch dort umfassend, wo über „besonders einschneidende Eingriffe in die persönliche Freiheit oder in höchstpersönliche Rechte des Bürgers" zu befinden war[55]. Allgemein begründete es die Praxis, die dem administrativ zu Versorgenden das rechtliche Gehör gewährt, mit dem Bestreben, „ungerechtfertigten schweren Eingriffen in die Persönlichkeitssphäre des Bürgers vorzubeugen"[56].

Die Boykott-Rechtsprechung bietet ein Beispiel persönlichkeitsbezogener Interpretation des „privaten Rechts auf Handels- und Gewerbefreiheit": Das Bundesgericht anerkennt ein „Recht des Boykottierten auf Achtung und Geltung seiner Persönlichkeit im Geschäftsverkehr" (BGE 86 II 365 ff., 376). Der Konkurrent wird zwar nicht vor den Ausflüssen eines sich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben abwickelnden Wettbewerbes geschützt, wohl aber vor Bestrebungen, die darauf abzielen, „ihn auf dem Wege organisierten Zwanges als Mitbewerber zu vernichten" (S. 377): Im Wirtschaftskampf ist es zwar gestattet, einen Mitbewerber durch die eigene Macht am Markt auszuschalten; grundsätzlich ist es jedoch verboten, „absichtlich auf Eingriffe in fremde Rechte hinzuarbeiten" (ebd.)[57]. Der Boykott wird als Angriff auf die Person des Wirtschaftenden aufgefaßt und deshalb verpönt[58].

Besonders deutlich zeigt sich schließlich die persönlichkeitsbezogene Grundrechtsinterpretation im Entscheid 101 I a 148 ff. zur Meinungsäußerungsfreiheit des Untersuchungsgefangenen: Die verhältnismäßige Anwendung der Zensurvorschriften, die der Anstalt gestatten, Briefe der Insassen mit ungebührlichem Inhalt nicht weiterzuleiten, verlangt, daß berücksichtigt wird, wer Empfänger der Briefe ist. Was in einem Schreiben an eine Zeitungsredaktion „ungebührlich" sein mag, braucht es gegenüber der Ehefrau nicht zu sein. „Mit Rücksicht auf die enge

---

[55] BGE 87 I 153 ff., 155. Ähnlich 87 I 337 ff., 339; vgl. *A. Grisel*, Droit Administratif Suisse, Neuchâtel 1970, S. 179 f.

[56] BGE 83 I 240 ff., 241.

[57] Nach BGE 35 I 337 ff., 352 gebietet die Achtung vor der Persönlichkeit des Dritten zwar nicht den Verzicht auf die Ausübung verfassungsmäßiger Rechte, wohl aber verbietet sie jene Ausübung, die darauf abzielt, das gleiche Recht des Dritten aufzuheben.

[58] Zum Problem der Drittwirkung vgl. hinten Ziffer 224.1.

Beziehung, die normalerweise zwischen Ehegatten besteht", ist dem Häftling zu gestatten, sich gegenüber dem Ehepartner offen auszusprechen, auch wenn dabei unsachliche Kritik an den Behörden geübt wird (S. 153, E. 5). Der Schutz des Intembereichs tritt hier neben die Meinungsäußerungsfreiheit und verstärkt deren Gehalt.

22 Zum Grundrechtsverständnis des Bundesgerichts

Die vorstehende Sichtung der neueren Entscheide des Bundesgerichts mit Bezug zur Menschenwürde ergibt zwar ein — wenn auch bruchstückhaftes — Bild des Gehaltes des Verfassungsgrundsatzes. Doch erlaubt sie noch nicht, den Schutz, den das Bundesgericht der Menschenwürde verleiht, gesamthaft zu verstehen.

Die Menschenwürde ist nach der Praxis des Bundesgerichts keine unmittelbar anwendbare Verfassungsnorm. Sie wirkt nur mittelbar, über die einzelnen Freiheitsrechte und vor allem über die persönliche Freiheit.

Der Schutz der Menschenwürde durch das Bundesgericht hängt somit davon ab, wie sich der Grundsatz auf die einzelnen Grundrechte — wie auf die Rechtsordnung überhaupt — auswirken kann.

Im einzelnen stellen sich folgende Fragen:

— Welchen Schutz bieten die Grundrechte dem Bürger nach der Praxis des Bundesgerichts (Ziffer 221)?

— In welchem Verhältnis stehen die Grundrechte zu einander (Ziffer 222)?

— Welches ist das Verhältnis der Verfassungsgrundsätze, besonders der Menschenwürde, zu den Grundrechten (Ziffer 223)?

— Welche Auswirkungen haben die Grundrechte auf die übrige Rechtsordnung (Ziffer 224)? und schließlich:

— Welche Überprüfungs- und Entscheidungskompetenzen spricht sich das Bundesgericht zu (Ziffer 225)?

Die Beantwortung dieser Fragen anhand der Praxis des obersten Gerichts soll die Möglichkeiten und Schranken der Verwirklichung von Menschenwürde aufdecken, welche das Grundrechts- und Selbstverständnis des Bundesgerichts in sich birgt[1].

[1] Dabei kann hier keine erschöpfende Untersuchung der Grundrechtstheorie oder der Staats- und Gewaltenteilungslehre des Bundesgerichts angeboten werden. Vielmehr muß ich mich hier auf jene Hinweise beschränken, die für das Thema von Bedeutung sind.

221 Der Schutz des Bürgers durch die Grundrechte

221.1 Geschützte Entfaltungsbereiche

Das Bundesgericht hat sich stets bemüht, die Grundrechte so konkret zu bestimmen, daß ihnen ein wirksamer richterlicher Schutz zuteil werden kann. Bereits im Entscheid 2, S. 178 ff., 180 f., E. 3 betont es, man dürfe unter den verfassungsmäßigen Rechten des Bürgers nicht alle Befugnisse verstehen, die sich abstrakt von der Freiheit des Menschen ableiten lassen, sondern nur jene Rechte, welche die kantonalen Verfassungen den Bürgern gewährleisten wollten[2].

In scheinbarem Widerspruch dazu spricht das Gericht dennoch vereinzelt von Freiheitsrechten, die dem Staat vorgegeben sind. So anerkennt es im soeben zitierten Entscheid (S. 181, E. 5) eine besondere Kategorie wesentlicher und ursprünglicher Rechte des freien Menschen, welche der Staat nicht beeinträchtigen könne, ohne seine Macht zu mißbrauchen, auch wenn keine Verfassungsbestimmung ihre Unverletzlichkeit verkünde. Später erwähnt es einmal eine staatsfreie Sphäre, welche auch ohne ausdrückliche Vorschrift den Anspruch einschließe, „in Fragen, die die Betätigung der geistigen und sittlichen Individualität betreffen", keinen ungerechtfertigten Zwang zu erleiden[3].

Abgesehen davon, daß es nicht anginge, ein Gericht mit über hundert Jahren Praxis auf wenige isolierte Äußerungen zu behaften, löst sich der Widerspruch auf, wenn man annimmt, daß es einen zentralen Bereich menschlicher Freiheit gibt, der bei der Gewährleistung einzelner Freiheitsrechte vernünftigerweise vorausgesetzt werden muß.

Diese Überlegung entspricht denn auch dem Grundrechtskonzept des Bundesgerichts, wonach die einzelnen Freiheiten historisch gewachsen sind, aber doch ein sinnvolles Ganzes ergeben. Jedes Grundrecht hat seinen eigenen Normbereich, der nicht in jenen anderer Grundrechte übergreift, aber auch nicht auf den Wortlaut der Verfassungsbestimmung eingegrenzt wird, sondern einen typischen Entfaltungsbereich menschlicher Freiheit umfassend beschlägt[4]. Die ausdrücklich gewährleisteten Freiheiten erfassen jedoch nicht die Gesamtheit aller denkbaren Entfaltungsbereiche des Menschen.

---

[2] „... que par les droits constitutionnels des citoyens, on ne peut entendre toutes les facultés découlant d'une manière abstraite de la qualité d'homme libre, mais seulement les droits, dont les Constitutions cantonales ont voulu assurer le libre exercice aux citoyens."

[3] BGE 45 I 119 ff., 133; bestätigt in BGE 52 I 353 ff., 364. Vgl. für die Eigentumsgarantie BGE 35 I 558 ff., 571.

[4] Ein deutliches Beispiel dafür liefert BGE 88 I 260 ff., 272: Die persönliche Freiheit nach Art. 6 der Kantonsverfassung von Obwalden ist zwar in erster Linie gegen die ungesetzliche Verhaftung und Einsperrung gerichtet, doch gewährleistet sie darüber hinaus „die körperliche Freiheit in umfassender

Die wichtigsten Freiheiten, die die Bundesverfassung nicht nennt, hat das Bundesgericht daher als ungeschriebene Grundrechte anerkannt. Doch beschränken sich diese auf Befugnisse des Menschen, welche „die Voraussetzung für die Ausübung anderer (in der Verfassung genannter) Freiheitsrechte bilden oder sonst als unentbehrliche Bestandteile der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes erscheinen“[5]. So hat das Bundesgericht zwar die Eigentumsgarantie[6], die persönliche Freiheit[7], Meinungsfreiheit[8], Sprachenfreiheit[9] und Versammlungsfreiheit[10] anerkannt, jedoch eine Demonstrationsfreiheit[11] oder ein Recht auf freie Grabmalgestaltung[12] abgelehnt[13].

221.2 Abwehr staatlicher Eingriffe

Der Schutz der auf diese Weise grundrechtlich gesicherten Entfaltungsbereiche des Menschen richtet sich nach der Praxis des obersten Gerichts gegen den Staat: „Der Sinn der Freiheitsrechte ist die Begrenzung der staatlichen Macht gegenüber dem einzelnen Bürger[14].“ Begrenzt wird grundsätzlich sowohl die Macht der rechtsanwendenden Behörden, als auch jene des Gesetzgebers[15]. Dabei geht es nicht nur um

---

Weise, nämlich die freie Bewegung und die körperliche Unversehrtheit“. Hingegen greift sie nicht über auf den Bereich der Niederlassungsfreiheit, der Handels- und Gewerbefreiheit oder der Eigentumsgarantie. Als eigentliches Menschenrecht steht sie juristischen Personen nicht zu.

[5] BGE 100 I a 392 ff., 400. Ähnlich BGE 89 I 92 ff., 98; 96 I 104 ff., 107; 119 ff., 223/4.

[6] BGE 35 I 558 ff., 571; ZBl 62, 1961, S. 69 ff., 72; BGE 89 I 92 ff., 98; 93 I 130 ff., 137.

[7] BGE 89 I 92 ff., 98.

[8] BGE 87 I 114 ff., 117; 91 I 480 ff., 485; 96 I 119 ff., 224.

[9] BGE 91 I 480 ff., 485.

[10] BGE 96 I 119 ff., 224.

[11] BGE 100 I a 392 ff., 400.

[12] BGE 96 I 104 ff., 107.

[13] Mit der Deutung der persönlichen Freiheit als subsidiärem Schutz der Menschenwürde und der elementaren Entfaltungsbereiche der Persönlichkeit hat das Bundesgericht die einzelnen Gewährleistungen durch eine Generalklausel mit Auffangcharakter ergänzt. Doch wird auch dadurch nicht eine allgemeine Handlungsfreiheit geschaffen (vgl. Art. 2 Abs. 1 des Bonner Grundgesetzes). Diese Generalklausel entspricht nicht jener, die nach *Y. Hangartner* (Die Freiheitsgarantie der Bundesverfassung, ZBl 70, 1969, S. 337 ff., S. 342) dem Freiheitsrechtskatalog der Bundesverfassung entnommen werden kann und „die Freiheit, besondere Ausnahmen vorbehalten, umfassend gewährleistet“. Wohl erfaßt sie „jede neue Gefährdung der menschlichen Würde und des Eigenwertes des einzelnen“, aber nicht im umfassenden Sinne *Z. Giacomettis* (Freiheitsrechtskataloge, S. 163 ff., 171), sondern nur im Bereich elementarer persönlicher Entfaltung.

[14] BGE 98 I a 362 ff., 367 E. 5 a.

[15] So für die Eigentumsgarantie bereits BGE 26 I 72 ff., 77, E. 3; für Art. 4 BV und die übrigen Grundrechte BGE 91 I 81 ff., 84, E. 2; für die Handels-

eine Begrenzung an sich willkürlicher Macht durch bestimmte verfassungsrechtliche Schranken, sondern vielmehr um ein Durchdringen jeglicher Machtausübung mit rechtsstaatlichen Prinzipien. Gesetzgeber, Richter und Verwaltung sind auch in ihrem „freien Ermessen" an den Gleichheitssatz des Art. 4 BV und das damit verknüpfte Willkürverbot gebunden und haben daher die jeweils maßgeblichen allgemeinen Rechtsgrundsätze zu wahren[16].

221.3 Leistungspflichten des Staates?

Grundsätzlich beschränkt das Bundesgericht die Schutzwirkung der Grundrechte auf diese Funktion der Abwehr staatlicher Eingriffe. Dies trifft jedenfalls für die eigentlichen Freiheitsrechte zu. Bereits für die Eigentumsgarantie und noch mehr für Art. 4 BV hat das Gericht jedoch anerkannt, daß sie auch einen Leistungsanspruch gegenüber dem Staat begründen können.

Dieser Leistungsanspruch beruht zum Teil darauf, daß die Grundrechte ihre Abwehrfunktion nur dann erfüllen können, wenn der Staat die Institutionen zur Verfügung stellt, die für die Durchsetzung der verfassungsmäßigen Rechte des Bürgers erforderlich sind. So folgt unmittelbar aus Art. 4 BV, daß dem Bürger ein Rechtsweg zur Geltendmachung seiner Freiheitsrechte gegenüber dem Staat offen stehen muß. Das schließt nicht nur ein, daß der Staat dazu ein Verfahren schaffen und Behörden und Gerichte einsetzen muß, sondern auch, daß der Rechtsweg dem Bedürftigen unentgeltlich gewährt wird[17] und daß die urteilende Instanz behauptete Verletzungen so umfassend prüft, wie es ihrer Zuständigkeit entspricht[18].

Darüber hinaus aber schließt das Bundesgericht aus den Grundrechten (insbesondere aus der Eigentumsgarantie) auch auf die staatliche Pflicht, für Rechtsstreite unter Privaten seine Gerichte zur Verfügung zu stellen. So entschied es bereits in BGE 4, 612 ff., 615 E. 1, es sei kein zwingender Grund vorhanden, anzunehmen, die Eigentumsgarantie wolle den Bürger nur gegen Eingriffe des Staates schützen. Vielmehr sei darin „auch die Verpflichtung des Staates zu finden, dem Eigenthum

---

und Gewerbefreiheit BGE 95 I 330 ff., 332, wo auch klargestellt wird, daß die Grundrechtsverpflichtung für den eidgenössischen Gesetzgeber ebenso gilt wie für den kantonalen. Nur fehlt dort die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts.

[16] BGE 93 I 1 ff., 3 E. 1 a.

[17] Vgl. zum Armenrecht BGE 13, S. 251 ff., 254 E. 2. Zum Recht auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand nun BGE 102 I a 88 ff., 90 E. 2 b.

[18] Eine Behörde, welcher freie Kognition zusteht, verletzt Art. 4 BV, wenn sie sich auf bloße Willkürprüfung beschränkt: BGE 84 I 227 ff., 228; 99 I a 490 ff., 502 E. 5 c; 101 I a 46 ff., 57.

gegen Verletzungen durch Private Schutz zu gewähren". Dies geschehe je nach der Art der Eingriffe durch die Straf- oder Zivilgerichte[19].

Bei einem Grundrecht hat das Bundesgericht ausdrücklich einen Leistungsanspruch des Bürgers gegen den Staat anerkannt: Im Anschluß an die Glaubens- und Gewissensfreiheit verpflichtet Art. 53 Abs. 2 BV die Behörden, dafür zu sorgen, daß jeder Verstorbene schicklich beerdigt werden kann. Ebenso verpflichtet Art. 50 Abs. 2 BV den Staat, einzugreifen, wenn die religiöse Betätigung durch Dritte verunmöglicht oder gestört wird. Aus diesen verfassungsrechtlich normierten Leistungspflichten des Staates zieht das Bundesgericht den Schluß, Glaubens- und Kultusfreiheit seien „Freiheitsrechte mit negativer und positiver Funktion"[20].

Doch bleibt es bei dieser Ausnahme von der grundsätzlich bloß negativen Funktion der Grundrechte. „Es hieße das Wesen ... eines Freiheitsrechtes verkennen, wollte man aus (ihm) den Anspruch auf eine positive Leistung des Staates" ableiten[21]. Allgemein kann die Auffassung des Bundesgerichts dahin zusammengefaßt werden, daß mit Ausnahme von Befugnissen, die aus der Natur eines bestimmten Rechtes wie der Glaubens- und Kultusfreiheit fließen können, die Freiheitsrechte keinen Anspruch auf positive Leistungen des Staates vermitteln[22]. Ungeklärt bleibt dabei jedoch die Frage, ob diese Auffassung auch Art. 4 BV erfaßt und ob sie entsprechend der neuerlichen Aufspaltung gewisser Grundrechte in eine Bestandesgarantie und eine Institutsgarantie differenziert werden müßte[23]. Besondere Probleme für das Grundrechtsverständnis des Bundesgerichts ergeben sich jedoch bereits bei der Benutzung von Anstalten und Straßen durch den Bürger:

Einen Anspruch auf Benutzung staatlicher Anstalten läßt sich nach der Praxis des Bundesgerichts aus den Grundrechten nicht ableiten.

---

[19] Vgl. auch BGE 34 I 199 ff., 205, E. 2. Diese Entscheide ergingen lange bevor das Gericht der Eigentumsgarantie und anderen Grundrechten ausdrücklich institutionellen Charakter zusprach (vgl. dazu hinten Ziffer 221.5) und ohne Prüfung der Frage der Drittwirkung der Grundrechte (s. hinten Ziffer 224.1).

[20] BGE 97 I 221 ff., 230 E. 4 d.

[21] BGE 73 I 209 ff., 216; ebenso BGE 101 I a 473 ff., 479 E. 5 a. Ähnlich, v. a. in bezug auf die Pressefreiheit BGE 80 II 26 ff., 42, ein Entscheid, den *P. Saladin* (Grundrechte im Wandel, S. 300) allerdings nicht für schlüssig erachtet, da er nicht von der staats- und verwaltungsrechtlichen Abteilung erlassen worden sei. Dasselbe gelte für BGE 78 II 21 ff., 31.

[22] BGE 97 I 893 ff., 896; 98 I a 362 ff., 367, wo insbesondere ausgeführt wird, aus der Meinungsäußerungs- und der Versammlungsfreiheit lasse sich „kein Anspruch des Bürgers darauf ableiten, daß der Staat zu ihrer Ausübung besondere Einrichtungen schaffe oder zur Verfügung" stelle. Vgl. die Kritik *P. Saladins* in: Grundrechte im Wandel, S. 250 f.

[23] Vgl. BGE 96 I 557 ff., 558 und die Ziffern 221.4 und 221.5 hiernach.

Anstalten haben den Bürgern nur zu den Zwecken offenzustehen, zu denen sie bestimmt sind. Ein Benutzungsanspruch kann daher einzig in der — meist gesetzlichen — Bestimmung des Anstaltszweckes gründen. So hat das Bundesgericht entschieden, die Studierenden würden „dadurch, daß ihnen die Räume der Universität für Veranstaltungen außerhalb des eigentlichen Lehrbetriebs grundsätzlich verschlossen bleiben, in ihrer Versammlungs- und Meinungsäußerungsfreiheit gar nicht berührt“[24]. Eine Verletzung dieser verfassungsmäßigen Rechte stehe somit nicht in Frage.

Bereits beim gesteigerten Gemeingebrauch an der öffentlichen Straße durch eine Demonstration, wo das Gericht sich im Grundsatz ähnlich auf den Widmungszweck der Verkehrswege beruft, weicht es jedoch von dieser Ansicht ab. Hier darf die Polizei dem Verkehr keinen unbedingten Vorrang einräumen, sondern hat „die entgegenstehenden Interessen nach objektiven Gesichtspunkten gegeneinander abzuwägen“[25].

Geht es sodann nur noch darum, ob eine einzelne Person für die Verteilung einer politischen Schrift das Trottoir benützen dürfe oder nicht, so zögert das Bundesgericht nicht mehr, der Meinungsäußerungsfreiheit ausdrücklich den Vorrang vor dem Recht des Staates einzuräumen, die Benutzung des öffentlichen Bodens zu bestimmen[26]. In diesem Umfange jedenfalls muß anerkannt werden, daß ein Freiheitsrecht den Anspruch begründen kann, daß der Staat bestehende Einrichtungen zur Verfügung stellt.

Diesen Anspruch bestätigt das Bundesgericht neuerdings zumindest im Ergebnis, wenn es im Entscheid 101 I a 473 ff. die Handels- und Gewerbefreiheit auch auf den gesteigerten Gemeingebrauch am öffentlichen Boden anwendbar erklärt. Einschränkungen im gesteigerten Gemeingebrauch — wie im besonderen Rechtsverhältnis — müssen fortan nicht nur willkürfrei, sondern im Einklang mit den verfassungsmäßigen Freiheitsrechten sein, soweit es der Zweck des öffentlichen Bodens oder des besonderen Rechtsverhältnisses gestattet[27].

Der Entscheid bringt einmal eine wertvolle Ausdehnung des Wirkungsbereiches der Grundrechte und bedeutet damit einen weiteren Schritt zur durchgehenden Grundrechtsorientierung allen staatlichen Handelns. Sodann bereitet er auch einen stillen Wandel im Grundrechtsverständnis des Bundesgerichts vor: An der These vom Abwehrcharakter der Freiheit wird zwar ausdrücklich festgehalten[28], dafür gilt

---

[24] BGE 98 I a 362 ff., 367 f.

[25] BGE 96 I 219 ff., 232.

[26] Ebd., 586 ff., 593.

[27] Ebd., 481 E. 5 b; vgl. BGE 100 I a 392 ff., 402 und 102 I a 50 ff., 53 E. 3.

[28] Ebd., 479 E. 5 a und 480 E. 5 b.

die Benützung bestehender staatlicher Einrichtungen, insbesondere der gesteigerte Gemeingebrauch an der öffentlichen Straße, nicht mehr als Beanspruchung einer staatlichen Leistung[29]. Der gesteigerte Gemeingebrauch bedeutet, so führt das Gericht aus, meist lediglich ein Gewährenlassen von seiten des Staates[30]. Daß der Staat, der seinen Boden oder seine Anstalt zur Verfügung stellt, in Wirklichkeit eine Leistung erbringt, ist unverkennbar. Die neue Sichtweise des Bundesgerichts gestattet jedoch, staatliche Einrichtungen, die zu selbstverständlichen Grundlagen der persönlichen Entfaltung geworden sind, als solche zu behandeln. Praktisch bedeutet dies vor allem, daß diese Einrichtungen nicht ausschließlich ihrer ursprünglichen Zweckbestimmung dienen, sondern daneben soweit möglich und sinnvoll sämtlichen verfassungsmäßig geschützten Tätigkeiten der Bürger offen stehen sollen[31].

Innerhalb des Anstaltszweckes hat das Bundesgericht bisher zwar offen gelassen, ob dort, wo für den Bürger ein Benutzungszwang bestehe, auch ein Anspruch auf Benutzung der Anstalt und damit deren Leistungspflicht gegeben sei[32]. Doch hat das Gemeinwesen in der Ausgestaltung der Beziehungen zwischen seinen Anstalten und deren Benützer sich „an gewisse unmittelbar aus der Verfassung fließende Mindestanforderungen zu halten", wozu vor allem der Grundsatz gehört, „daß die Zulassungs- und Benutzungsbedingungen unter gleichen tatsächlichen Verhältnissen für alle Bürger gleich sein müssen"[33]. Damit wird zumindest aus dem Gleichheitssatz eine Leistungspflicht der Anstalt abgeleitet, mit dem Inhalt, Leistungen, die an einzelne Benützer erbracht werden, unter den gleichen Voraussetzungen auch allen anderen Bürgern zu gewähren.

Nimmt das Anstaltsverhältnis sodann die extreme Form der Gefangenschaft an, so gebieten die Menschenwürde und die persönliche Freiheit die Annahme minimaler Leistungspflichten der Anstalt, wie sie vorne unter Ziffer 213 angeführt worden sind[34]. Dazu gehört auch der Ausbau der Gefängnisse und die Anstellung von Personal zur Ermöglichung eines halbstündigen Spazierganges pro Tag[35].

[29] Ebd., 480 E. 5 b.

[30] „Une simple tolérance de la part de l'Etat."

[31] Entgegen BGE 98 I a 362 ff., 367 f. können sich daher inskünftig Studenten doch auf ihre Versammlungs- und Meinungsäußerungsfreiheit berufen, um geltend zu machen, daß ein Hörsaal ihnen ungerechtfertigterweise für einen Zweck außerhalb des eigentlichen Lehrbetriebes verschlossen worden sei.

[32] BGE 92 I 503 ff., 511.

[33] Ebd., S. 510.

[34] Vgl. BGE 99 I a 262 ff.

[35] Ebd., S. 281. Was in diesem Entscheid nur angekündigt wurde, machte BGE 102 I a 279 ff., 292 bereits teilweise wahr: „Soweit zusätzliches Bewachungspersonal erforderlich ist, muß es rekrutiert werden".

Die Beispiele zeigen, daß sich die Spruchpraxis des Bundesgerichts nicht in die dogmatische Konzeption der Freiheitsrechte als reiner Abwehrrechte einfügt. Gerade die Aufrechterhaltung der ursprünglichen Intention der Freiheitsrechte, die Autonomie des Bürgers im Staate zu gewährleisten, führt unter der Bedingung vielfältiger Abhängigkeit des Bürgers vom Staat zu Leistungspflichten des Gemeinwesens im Dienste der Freiheit:

Die Abhängigkeit des einzelnen von der Rechtsordnung bedingt, daß der Staat freien Zugang zum Rechtsweg gewährleisten muß. Die gesetzlichen Eingriffsrechte des Staates in die Freiheiten der Bürger sind verhältnismäßig, d. h. mit möglichster Schonung der Rechte der Betroffenen auszuüben, was dem Staat die Pflicht auferlegt, die zumutbaren Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Schließlich aber bringen die zunehmenden Kompetenzen des Staates zur Gestaltung der Lebensgemeinschaft eine wachsende Abhängigkeit des einzelnen von den Leistungen des Staates, die faktische Voraussetzungen der Freiheit des Bürgers bilden. Die Freiheit vom Staat wird in zunehmendem Maße auch eine Freiheit im und durch den Staat.

221.4 Schutzwirkung der Grundrechte als Bestandesgarantie

Die grundrechtlich geschützten Entfaltungsbereiche des Menschen genießen keinen absoluten Schutz. Grundrechtsschutz bedeutet vielmehr, daß die Freiheit nur unter bestimmten Voraussetzungen beschränkt werden darf. Diese Voraussetzungen sind zum Teil grundrechtsspezifisch (d. h. durch die Eigenart und Grenzen des Entfaltungsbereiches bestimmt), zum Teil allgemein. Zu den letzteren gehören die Erfordernisse der gesetzlichen Grundlage, des öffentlichen Interesses und der Verhältnismäßigkeit des Eingriffes.

Nach der Konzeption der Grundrechte als Abwehrrechte schützen diese somit den Bestand der Freiheit des einzelnen in einem je abgegrenzten Entfaltungsbereich vor ungesetzlichen Eingriffen oder solchen, die nicht im öffentlichen Interesse liegen oder die Freiheit in unverhältnismäßiger Weise beschränken. Diese Schutzwirkung der Grundrechte wird etwa mit dem Begriff der „Bestandesgarantie" umschrieben[36].

Dieser Funktion der Grundrechte stellt das Bundesgericht bei gewissen Grundrechten neuerdings jene der „Institutsgarantie" gegenüber[37], welche die betreffende Freiheit als solche davor schützen soll, durch den Gesetzgeber ausgehölt zu werden.

---

[36] Vgl. für die Eigentumsgarantie BGE 96 I 557 ff., 559 f.

[37] Ebd., S. 558; vgl. Ziffer 221.5 hiernach.

Der Grund für diese Wandlung im Grundrechtsverständnis ist in der Entwicklung der modernen Gesellschaft zu suchen, in welcher immer weitere Bereiche menschlicher Freiheit einer gesetzlichen Regelung bedürfen. Der überkommene Grundrechtsschutz erweist sich gegenüber dem Gesetzgeber als ungenügend, ist doch dieser nur an das öffentliche Interesse und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden.

Besonders deutlich läßt sich diese *Schwäche des Individualrechtsschutzes am Beispiel der persönlichen Freiheit* zeigen, welche lange Zeit dem Gesetzgeber völlig anheimgestellt geblieben ist.

In der älteren Praxis hat das Bundesgericht die persönliche Freiheit nur in dem Sinne gewährleistet, daß die Bürger nicht willkürlichen, sondern nur im voraus gesetzlich bestimmten Freiheitsbeschränkungen unterworfen werden durften[38]. Der Gehalt des Grundrechts fällt nach dieser Praxis zusammen mit dem Gebot der Gesetzmäßigkeit staatlichen Handelns. Die persönliche Freiheit steht unter einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt und kann durch jedes Gesetz beliebig eingeschränkt werden. Allerdings weicht das Erfordernis der ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage für schwere Eingriffe in die persönliche Freiheit auch dann nicht einem entgegenstehenden öffentlichen Interesse, wenn dieses offensichtlich das private Interesse an der persönlichen Freiheit überwiegt[39].

Hingegen steht auch dieses Grundrecht unter dem Vorbehalt der allgemeinen Polizeiklausel, die ohne gesetzliche Grundlage verhältnismäßige Freiheitsbeschränkungen gestattet, wenn es gilt, eine unmittelbare, direkte und schwere Gefährdung oder Störung klassischer Polizeigüter zu beheben[40].

Ferner genügt im Anstaltsverhältnis der Erlaß, durch den die Anstalt geschaffen worden ist, als gesetzliche Grundlage für solche Freiheitsbeschränkungen, die sich aus der Natur der Anstaltsbenutzung ableiten lassen[41]. Überhaupt haben im besonderen Gewaltverhältnis — oder milder klingend: im besonderen Rechtsverhältnis — die Gewaltunterworfenen „die sich aus dem Gewaltverhältnis notwendigerweise ergebenden Eingriffe in ihre individuelle Freiheit auf sich zu nehmen, unbekümmert darum, ob sie in einer Norm ausdrücklich vorgesehen sind“[42].

---

[38] BGE 5, S. 435 ff., 437 E. 2 b. Vgl. u. a. BGE 31 I 297 ff., 301 E. 2; 45 I 311 ff., 317 (Erfordernis der gesetzlichen Grundlage für privatrechtliche Formvorschriften als Beschränkungen der persönlichen Freiheit); 82 I 234 ff., 239 (Verbot der Analogie und der Lückenausfüllung bei zivilprozessualen Bestimmungen, die einen Eingriff in die persönliche Freiheit bedeuten).

[39] BGE 98 I a 98 ff., 104.

[40] BGE 97 I 839 ff., 842.

[41] BGE 98 I b 301 ff., 305.

Bis vor kurzem hat das Bundesgericht die persönliche Freiheit praktisch nur unter dem Gesichtspunkt der gesetzlichen Grundlage geschützt. Ein öffentliches Interesse wurde zwar wiederholt verlangt, jedoch stets bejaht[43]. Das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs spielte nie eine Rolle für die Entscheidung[44].

Daher konnte sich der Normgehalt der persönlichen Freiheit gegenüber dem Gesetzgeber kaum auswirken. Letztlich genügte die Frage, ob sich der Eingriff unter eine Gesetzesbestimmung subsumieren lasse oder nicht. Freilich gestattete die Konkretisierung des Grundrechts und der — meist relativ unbestimmten — Vorschriften im Gesetz dem Richter dennoch eine Abwägung der Rechtsgüter.

Das Bundesgericht hat diese Möglichkeit vor allem dadurch wahrgenommen, daß es für besonders schwere Eingriffe in die persönliche Freiheit erhöhte Anforderungen an die gesetzliche Grundlage stellte[45].

Erst im Entscheid 98 I a 418 ff., 424 hatte das Gericht Gelegenheit, die persönliche Freiheit auch gegenüber einer klaren Gesetzesbestimmung durchzusetzen: Die Zürcher Strafprozeßordnung enthält eine klare gesetzliche Grundlage für die Beugehaft als Zwangsmaßnahme gegen den Zeugen, der ohne gesetzlichen Grund das Zeugnis verweigert. Die Anordnung der Beugehaft ist sogar in jedem Falle der Zeugnisverweigerung vorgeschrieben. Da die Bestimmung in dieser allgemeinen Form den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt, ist sie vor dem Grundrecht der persönlichen Freiheit nicht haltbar. Die Beugehaft ist im Einzelfall dann zulässig, wenn das öffentliche Interesse an der Zeugenaussage so erheblich ist, daß der „Freiheitsentzug als Zwangsmittel vertretbar und nicht unverhältnismäßig ist" (ebd. S. 424). Im beurteilten Fall erwies sich das öffentliche Interesse im Vergleich zum Rechtsgut der persönlichen Freiheit als zu gering, um den Eingriff zu rechtfertigen.

Nachdem das Bundesgericht in letzter Zeit bereit ist, den Erfordernissen des öffentlichen Interesses und der Verhältnismäßigkeit auch gegenüber dem Gesetzgeber vermehrt Geltung zu verschaffen[46], liegt der Gedanke nahe, den Schutz der persönlichen Freiheit dadurch zu verstärken, daß diese Entscheidungskriterien besser faßbar und justiziabel

---

[42] BGE 97 I 45 ff., 52.

[43] 45 I 55 ff., 69; 74 I 136 ff., 142; 82 I 234 ff., 238.

[44] *Saladin*, Grundrechte im Wandel, S. 107. Das Gericht hat bloß gelegentlich festgestellt, die angefochtene Maßnahme sei nötig, bzw. nicht unnötig verschärft: vgl. z. B. BGE 45 I 55 ff., 69 f.

[45] BGE 90 I 29 ff., 39; vgl. Ziffer 221.5 hiernach.

[46] Vgl. für die Eigentumsgarantie BGE 87 I 515 ff., 516 f.; 91 I 329 ff., 335; 93 I 247 ff., 250 E. 3; 94 I 52 ff., 59 E. 3.

gemacht werden. In der Praxis des obersten Gerichts sind hierzu jedoch erst Ansätze erkennbar[47].

Dafür hat das Gericht sich deutlich zu einem neuen Grundrechtsverständnis bekannt, welches dem Gesetzgeber absolute Schranken setzen will: Als Institutsgarantie schützen die Grundrechte die Freiheiten, denen sie dienen, vor der Aushöhlung durch den Gesetzgeber; in ihrem „Wesenskern" gewährleisten sie dem Bürger „absoluten" Schutz vor staatlichen Eingriffen.

221.5 Schutzwirkung von Institutsgarantie und Wesenskern

Die Bestandesgarantie schützt den Bürger grundsätzlich nicht vor Eingriffen in seine Rechte, die vom Gesetzgeber im öffentlichen Interesse vorgesehen werden. Dort, wo — wie z. B. im Enteignungsrecht — die staatlichen Kompetenzen sehr ausdedehnt und unbestimmt sind, besteht die Gefahr schwerer Beeinträchtigung der Freiheitsrechte. Dieser Gefahr sucht das Bundesgericht für die Eigentumsgarantie[48] und für die persönliche Freiheit[49] vorzubeugen, indem es diesen Grundrechten den Charakter verfassungsrechtlich gesicherter Institutionen verleiht. Der Gesetzgeber darf daher ein solches Grundrecht „weder völlig unterdrücken noch seines Gehalts als fundamentale Institution unserer Rechtsordnung entleeren"[50].

Das Bundesgericht hat bisher keine Kriterien entwickelt, nach denen allgemein beurteilt werden könnte, wann die Institutsgarantie verletzt wird. Vielmehr könne diese Frage nur von Fall zu Fall entschieden werden. Immerhin wird gefordert, daß der gesetzliche Eingriff in das Grundrecht genügend klar begrenzt sein muß[51].

Doch geht das Bundesgericht auch dort, wo es die beiden Erscheinungsformen der Eigentumsgarantie als Institutsgarantie und als Bestandesgarantie einander gegenüberstellt, nicht über die angeführte allgemeinste Definition hinaus. Aus der Gegenüberstellung erhellt bloß, daß die Institutsgarantie nicht den Schutz der konkreten individuellen Eigentumsrechte zum Gegenstand hat, sondern den Schutz einer über diesen Rechten stehenden Einrichtung der schweizerischen Rechtsordnung: das Privateigentum[52].

---

[47] Vgl. dazu die Ziffern 222.2 bis 222.4 hiernach.

[48] BGE 88 I 248 ff., 255.

[49] BGE 90 I 29 ff., 37; 95 I 233 ff., 240; 97 I 45 ff., 49.

[50] BGE 97 I 45 ff., 50.

[51] BGE 90 I 29 ff., 37.

[52] Die Gegenüberstellung läßt vermuten, daß die Institutsgarantie nur dann zum Tragen kommt, wenn das Institut als ganzes abstrakt betroffen ist, während die Bestandesgarantie die konkreten Interessen des einzelnen Bürgers rechtlich schützt. Mit der Institutsgarantie würde demnach der Bürger vor

Es ist jedoch kaum ersichtlich, wie die grundrechtlich geschützte Institution als ganze verletzt werden könnte, es sei denn über eine — besonders krasse — Mißachtung konkreter Rechte der Bürger[53]. In dieser Richtung weisen denn auch jene Entscheide, die vom „Wesenskern" der Grundrechte handeln. Der Schutz vor der Aushöhlung oder Entleerung der Institution ist gleichbedeutend mit dem absoluten Schutz des Wesenskerns des Grundrechts[54].

Die institutionelle Deutung der Grundrechte führt zu einer zusätzlichen Voraussetzung ihrer Beschränkung: Neben der gesetzlichen Grundlage, dem öffentlichen Interesse und der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs wird verlangt, daß die Beschränkung „den Wesenskern der individuellen Freiheit unangetastet" lasse.

Auch für die Bestimmung dieses Wesenskerns der Grundrechte hat das Bundesgericht keine allgemeinen Kriterien erstellt. In bezug auf die persönliche Freiheit des Gefängnisinsassen hat das Gericht den Kernbereich mit jenem Mindestmaß an Freiheit (vor allem der Bewegung) gleichgesetzt[55], das zur Wahrung der Menschenwürde „stets vorhanden sein muß und niemals wegen praktischer Schwierigkeiten unterschritten werden darf"[56]. Damit wird nahegelegt, daß der Kernbereich der Grundrechte mit den Mindestanforderungen der Menschenwürde zusammenfällt[57].

Die Theorie vom absolut geschützten Wesenskern der Grundrechte wird vom Bundesgericht auch auf das verfassungsmäßige Recht auf Leben angewandt, das in der persönlichen Freiheit enthalten ist[58]. Das

---

Grundrechtsverletzungen durch den allgemeinen und abstrakten Rechtssatz geschützt.

[53] Dies zumindest dort, wo einem Verfassungsrechtssatz individualrechtliche Wirkung zugesprochen wird. Vor allem in der deutschen Lehre (vgl. u. a. *U. Scheuner,* Pressefreiheit, S. 56) wird gewissen Verfassungsbestimmungen ein Grundrechtsgehalt zugesprochen, der nur eine institutionelle Sicherung, nicht aber einen durchsetzbaren Anspruch des einzelnen Bürgers gewährleisten soll. Als Konsequenz des Grundrechtsverständnisses *Z. Giacomettis* müßte auch die Ehefreiheit von Art. 54 BV als solche „institutionelle Garantie" verstanden werden, weil sie ihm zufolge „kein Freiheitsrecht bildet . . ., da sie eine gesetzliche Ordnung voraussetzt" (Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 241 Anm. 11). Doch dürfte auch hier die Anerkennung des Grundsatzgehaltes aller grundrechtlichen Verfassungsnormen den Verzicht auf „institutionelles Rechtsdenken" ermöglichen (vgl. hinten Ziffer 233.6).

[54] So BGE 97 I 45 ff., 50. *P. Saladin* (Grundrechte im Wandel, S. 366) wendet sich jedoch gegen diese Gleichsetzung: Staatliche Eingriffe, die die Institution in Geltung lassen, könnten durchaus den Wesenskern verletzen, indem sie einen oder wenige Bürger in ihrem unantastbaren Personsein beeinträchtigen.

[55] BGE 99 I a 262 ff., 284 f.

[56] Ebd., S. 272.

[57] Vgl. zu diesem Gedanken kritisch Ziffer 265.1.

[58] BGE 98 I a 508 ff., 514 E. 4 a.

Recht auf Leben zeichnet sich sogar „dadurch aus, daß jeder absichtliche Eingriff zugleich eine Verletzung seines absolut geschützten Wesenskerns darstellt und deshalb gegen die Verfassung verstößt (...). Das Recht auf Leben erträgt somit keinerlei Beschränkungen; auf gesetzlicher Grundlage beruhende und im öffentlichen Interesse liegende Eingriffe sind verfassungsrechtlich undenkbar".

Die Überlegung, wonach das Leben unteilbar ist und daher nicht beschränkt werden kann, besticht durch ihre Logik und durch die Kompromißlosigkeit, mit der dem verfassungsmäßigen Recht der Vorrang vor dem Gesetz zugesprochen wird. Doch zeigt gerade dieses Beispiel, daß der „abstrakte Schutz" des Wesenskerns so absolut nicht sein kann. Wie wäre sonst das Problem der Todesstrafe und der Tötung im Krieg und in Notwehr zu lösen[59]?

Das Bild, wonach bestimmte Rechte oder Befugnisse als Bestandteile des absolut geschützten Kerns eines Grundrechts unbeschränkte Geltung genießen[60], wird sich kaum für brauchbar erweisen, da es jede Rechtsgüterabwägung ausschließt.

Das Bundesgericht hat jedoch aus der Berufung auf den institutionellen Charakter und den Wesenskern der Grundrechte keine eigentliche Grundrechtstheorie entwickelt. So ist nicht einmal immer ersichtlich, warum im einen Fall der institutionelle Charakter, im andern aber der Wesenskern des Grundrechts angerufen wird[61]. Wichtiger als diese Abgrenzung ist immerhin, daß das Gericht auf diese Weise die Intention der Grundrechte vermehrt gegenüber dem Gesetzgeber zur Geltung bringt. Gleichzeitig entwickelt es ein Grundrechtsverständnis, welches die überkommene Auffassung von den Abwehrrechten sprengen muß, und öffnet den Blick für den Gehalt der Grundrechte als maßgebliche Ordnungsprinzipien des gesamten Rechts[62].

[59] Das Bundesgericht bezieht sich auf *J. P. Müller* (Recht auf Leben, S. 461 f.), der jedoch diese Probleme vorbehält. Müller versteht denn auch (Die Grundrechte der Verfassung, S. 104 f.) unter dem Wesensgehalt der Grundrechte nicht eine vorgegebene Größe, sondern vielmehr die unbedingte Forderung, „den Einzelmenschen in seinem Eigenwert zu achten und jedes staatliche Handeln soweit nur möglich an den elementaren Erfordernissen der Persönlichkeitsentfaltung" auszurichten (S. 105). Danach wäre wohl für das Recht auf Leben eine angemessene Lösung zu finden. Da dieses Recht aber in jüngster Zeit nur im Zusammenhang mit der Organtransplantation und der medizinischen Todesdefinition zur Beurteilung kam, konnte die heikle Frage der „Relativierung" des Lebensschutzes noch offen bleiben (vgl. dazu hinten Ziffer 265.5 in fine).

[60] Dieses Bild liegt der Argumentation im zitierten Entscheid 98 I a 508 ff., 523 zugrunde, wo das Gericht folgert, das Bestimmungsrecht über den toten Körper gelte nicht unbeschränkt, weil es nicht Bestandteil des absolut geschützten Kerns der persönlichen Freiheit bilde.

[61] Vgl. BGE 95 I 356 ff., 361 E. 2 c und 95 I 233 ff., 240/41.

[62] *A. Grisel* (droit public non ecrit, S. 146 f.) löst beispielsweise das Pro-

222 Das Verhältnis der Grundrechte zueinander

222.1 Isolierende Betrachtungsweise

Das Bundesgericht behandelt die Grundrechte als Normen mit eindeutig abgrenzbaren Normbereichen. Es beurteilt die Frage der Verfassungsmäßigkeit staatlichen Handelns stets nur unter dem Gesichtswinkel eines einzelnen Grundrechts, dessen Anwendungs- oder Normbereich es den Fall zuordnet. Rügt die Beschwerde eine Verletzung mehrerer verfassungsmäßiger Rechte der Bürger, so scheidet das Bundesgericht regelmäßig alle jene Rechte aus, die es für nicht anwendbar erachtet, bis jenes Grundrecht allein übrig bleibt, welches die gesuchte Entscheidungsnorm am ehesten in sich birgt.

Dieses prozeßökonomische Vorgehen rechtfertigt sich meist zwangslos aus dem Umstand, daß der Beschwerdeführer, um sicher zu gehen, mehrere Rechte anruft, obwohl nur eines entscheidungsrelevant sein kann. Materielle Bedeutung kann der Ausscheidung angerufener Grundrechte jedoch dort zukommen, wo staatliches Handeln als Eingriff in unterschiedliche Entfaltungsbereiche des Menschen verstanden werden kann. So läßt sich etwa die Filmzensur gegen einen Kinobesitzer sowohl als Beschränkung seiner Handels- und Gewerbefreiheit als auch seiner Meinungsäußerungsfreiheit verstehen. Das Bundesgericht prüft solche Fälle jedoch ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Handels- und Gewerbefreiheit: „Ist eine die Freiheit des einzelnen beschränkende Maßnahme aus gewerbepolizeilichen Gründen notwendig und mit Art. 31 BV vereinbar, so kann sich der Betroffene daher ihr gegenüber nicht auf die Presse- oder die Meinungsäußerungsfreiheit berufen[63].“ Das Gericht ist sich zwar bewußt, daß es mit dieser Praxis die umstrittene Frage der Konkurrenz verfassungsmäßiger Rechte berührt, doch hat es dazu bisher nicht allgemein Stellung bezogen[64]:

Im Entscheid 99 I a 604 ff., hätte das Gericht Gelegenheit gehabt, das Verhältnis von Eigentumsgarantie und Handels- und Gewerbefreiheit

---

blem der Wesensgehaltsgarantie mit Hilfe der Verfassungsgrundsätze. Diese sind es, welche die Grenzen setzen, jenseits welcher die Grundrechte unantastbar sind. Grisel nennt die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit, des öffentlichen Interesses, der Verhältnismäßigkeit, des guten Glaubens und des Rückwirkungsverbots. Fügt man das Willkürverbot und die Menschenwürde hinzu, so sind damit die wesentlichen verfassungsmäßigen Rechtsgüter vereinigt, deren Bedeutung bei jedem Eingriff in ein Grundrecht erwogen werden muß (vgl. hinten Ziffer 233.7).

[63] BGE 98 I a 56 ff., 63 E. 7; ebenso 87 I 114 ff., 117. Die Meinungsäußerungsfreiheit gelangt nur dort zum Zuge, wo die Rüge einer Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit nicht erhoben wird oder mangels der Verfolgung eines Erwerbszweckes durch den Beschwerdeführer nicht begründet wäre: BGE 101 I a 252 ff., 256.

[64] Die Frage konnte im Entscheid 101 I a 252 ff., 256 offen gelassen werden.

differenziert zu bestimmen. Zwar stellt es dort allgemein fest, die verschiedenen Verfassungsnormen seien einander gleichgeordnet und nicht untergeordnet, solange der Verfassungsgeber keine bestimmte hierarchische Ordnung erstellt habe. Doch fährt es fort, das Problem des Verhältnisses zwischen den raumplanerischen Maßnahmen und Artikel 31 BV sei mehr scheinbar als wirklich. Sobald nämlich auf dem Umweg über jene Maßnahmen Wirtschaftsplanung betrieben werden sollte, so wäre dies durch die Zwecke der Raumplanung nach Art. 22 quater BV nicht mehr gedeckt, weshalb die Eigentumsgarantie (Art. 22ter BV) ebenso verletzt wäre wie die Handels- und Gewerbefreiheit[65]. Solange die Maßnahmen jedoch einen genügenden Bezug zu den Zielen der Raumplanung aufweisen, muß nach Ansicht des Gerichts der Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit als vom Verfassungsgeber gebilligt gelten, wenn das Freiheitsrecht nicht seines Gehalts entleert wird[66].

Trotz der theoretischen Gleichordnung der Grundrechte verzichtet das Bundesgericht somit auf die Abwägung beider Freiheitsgehalte gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Raumplanung: Die Handels- und Gewerbefreiheit weicht — mit Ausnahme ihres Kerngehalts — völlig den Beschränkungen, die vor der Eigentumsgarantie Bestand haben.

Obwohl es nach dieser Bestimmung des Verhältnisses der beiden Grundrechte gar nicht nötig wäre, prüft das Gericht eine zweite raumplanerische Bestimmung auf ihre Vereinbarkeit mit Artikel 31 BV, trotzdem bereits entschieden ist, daß sie die Eigentumsgarantie nicht verletzt. Das Gericht räumt sogar ein, daß der Berufung auf Artikel 31 BV in diesem zweiten Fall mehr Gewicht zukomme als im ersten[67], doch kehrt das Gericht sodann zur gleichen Lösung zurück wie zuvor: Die Handels- und Gewerbefreiheit wird in gültiger Weise durch eine Bestimmung eingeschränkt, die zur vollen Verwirklichung von Raumplanungsmaßnahmen notwendig ist, welche mit den Artikeln 22ter und quater BV vereinbar sind[68]. Vorbehalten bleibt bloß der Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit.

Abgesehen von der eher theoretischen Möglichkeit, daß eine Maßnahme der Raumplanung, die vor der Eigentumsgarantie Bestand hat, die Wirtschaftsfreiheit ihres Gehalts entleeren könnte, wird somit der

---

[65] S. 618 E. 4.

[66] Ebd.

[67] Ebd., S. 619 E. 5. Während der erste Fall die Verpflichtung der Grundeigentümer einer bestimmten Bauzone betraf, nur Wohnungen zu bauen, die den Bedürfnissen und dem Interesse der Allgemeinheit entsprechen, ging es hier um Beschränkungen hinsichtlich der Mieten und des Verkaufspreises von Wohnungen in dieser Zone.

[68] Ebd., S. 621.

Handels- und Gewerbefreiheit jede ergänzende Schutzwirkung neben der Eigentumsgarantie versagt[69].

Die Folge dieser einschränkenden Sichtweise ist, daß mögliche Schutzwirkungen des zweiten angerufenen Grundrechts überhaupt nicht in Betracht gezogen werden. Die einzelnen Rechte werden isoliert und bilden kein sich gegenseitig ergänzendes Ganzes[70]. Das Verhältnis unter den Grundrechten wird so in der Regel rein negativ bestimmt[71].

222.2 Ansätze ganzheitlicher Betrachtungsweise

Die neueste Praxis des Bundesgerichts enthält nun aber deutliche Zeichen eines Wandels dieses Grundrechtsverständnisses.

So prüft das Gericht im Entscheid 102 I a 50 ff., 54 E. 3, ob sich im konkreten Fall (und nicht nur abstrakt) aus verwandten Grundrechten „zusätzliche Wertungsgesichtspunkte" ergeben, die geeignet wären, eine Beschränkung der Freiheit als verfassungswidrig erscheinen zu lassen, welche im übrigen vor dem hauptsächlich anwendbaren Grundrecht standhält. Die Frage wird jedoch für die Meinungsäußerungs- und Versammlungsfreiheit im Verhältnis zu den politischen Rechten im betreffenden Fall verneint.

Auch das Verhältnis von Eigentumsgarantie und Handels- und Gewerbefreiheit wird vom Bundesgericht nun positiv umschrieben:

„Zwar sind bau- und planungsrechtliche Vorschriften, welche die Befugnisse des Grundeigentümers beschränken, aufgrund dieses Anknüpfungspunktes vorab der Eigentumsgarantie unterstellt. Diese enthält als sachbezogenes Grundrecht jene verfassungsrechtlichen Schranken, welche bei

---

[69] Mit Recht fragt sich *P. Saladin* (Grundrechte im Wandel, Vorwort zur 2. Auflage XV), „ob sich das Bundesgericht bewußt war, daß jede (mindestens größerräumige) Raumplanung zugleich Entwicklungsplanung ist".

[70] Dieses Vorgehen entspricht im übrigen keineswegs den Auslegungsmethoden des Bundesgerichts, das (auf der Ebene der Gesetzesinterpretation) für die Bestimmung des Sinnes einer Bestimmung neben der Entstehungsgeschichte und dem „Grund und Zweck der Vorschrift" auch den „Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen" beizuziehen pflegt (BGE 99 I a 164 ff., 169 E. 2). In BGE 101 I a 317 ff., 320 E. 2 b stellt das Gericht sogar fest: „Maßgebend ist in erster Linie der Sinn einer Bestimmung, wie er sich vor allem aus ihrem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergibt." Von daher wäre der Weg zu einer ganzheitlichen Grundrechtsinterpretation durchaus offen.

[71] Diese „Eindimensionalität" der Rechtsprechung äußert sich auch darin, daß aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör keine Pflicht der urteilenden Instanz abgeleitet wird, sich ausdrücklich mit Einwendungen des Beschwerdeführers auseinanderzusetzen, die sich nicht auf jenes Grundrecht beziehen, das im Urteil für maßgeblich erachtet wird. So wurde das Fehlen dieser Auseinandersetzung im zweiten Filmclubentscheid (ZBl 64 (1963) S. 363 ff., 365) mit der Begründung geschützt, der Gedankengang des Regierungsrates lasse „für die vom Filmclub angerufenen ästhetischen Ausgleichswerte keinen Raum".

derartigen Eingriffen in erster Linie zu beachten sind. Das will indessen nicht heißen, daß eigentumsbeschränkende Maßnahmen der Schutzwirkung anderer Grundrechte entzogen wären. Berühren solche Maßnahmen neben der Eigentumsgarantie in spezifischer Weise, sei es generell oder aus der Sicht einzelner Betroffener, auch anderweitige Freiheitsrechte, so sind die sich daraus ergebenden zusätzlichen Schranken und Wertungsgesichtspunkte bei der verfassungsrichterlichen Überprüfung zu berücksichtigen[72]."

Raumplanerische Maßnahmen, die unter dem Gesichtspunkt der Eigentumsgarantie zulässig sind, verletzen nach dem zitierten Entscheid die Handels- und Gewerbefreiheit nicht nur, wenn sie diesen Grundsatz seines Gehaltes entleeren[73], sondern auch dann, wenn sie „unter dem Deckmantel der Raumplanung einen Eingriff in den wirtschaftlichen Wettbewerb bezwecken"[74] oder die wirtschaftliche und gewerbliche Betätigung weitergehenden Schranken unterwerfen, als es zur Herstellung einer sinnvollen Nutzungsordnung notwendig ist[75]. Beeinträchtigt die Raumplanung als Nebenwirkung die Wirtschaftsfreiheit, „so ist gegebenenfalls auf dem Wege einer Interessenabwägung abzuklären, ob das raumplanerische Anliegen das erforderliche Gewicht besitzt, um diese Nachteile zu rechtfertigen"[76].

Zwar wird damit noch nicht gesagt, der Gehalt der Eigentumsgarantie selber sei im Lichte anderer Grundrechte zu bestimmen. Doch ist die Eigentumsgarantie nun nicht mehr ausschließlich anwendbar. Andere Grundrechte entfalten ihre Schutzwirkung auch innerhalb ihres Normbereichs. Die Grundrechte treten zueinander in ein Verhältnis der Ergänzung.

Ergänzung bedeutet jedoch noch nicht Interdependenz, gegenseitige Beeinflussung. Diese ist bisher erst für das Verhältnis der Verfahrensrechte zu den materiellen Garantien anerkannt worden: zwar unterscheidet das Bundesgericht die Rechtsschutzgarantien von Art. 4 BV deutlich von den materiellen Schutzbereichen der einzelnen Freiheitsrechte. Die Beschneidung der Verteidigungsrechte eines Untersuchungsgefangenen beschränkt nicht dessen persönliche Freiheit, sondern ist nur unter dem Gesichtspunkt von Art. 4 BV zu beurteilen. Doch anerkennt das Bundesgericht, daß der verfahrensrechtliche Schutz dem materiellen Recht, zu dessen Durchsetzung das Verfahren dient, angemessen sein muß, wenn es sagt, daß „Art und Bedeutung des allenfalls auf dem Spiele stehenden Grundrechts ... das nach Art. 4 BV gewährleistete Mindestmaß an Rechtsschutz" beeinflussen[77]. Für den Sonder-

[72] BGE 102 I a 104 ff., 113 f.
[73] So noch BGE 99 I a 604 ff., 618 E. 4.
[74] BGE 102 I a 104 ff., 116 E. 5 a.
[75] Ebd.
[76] Ebd.
[77] BGE 100 I a 180 ff., 186 E. 4.

fall des Art. 4 BV zumindest ist damit die Möglichkeit eröffnet, daß ein Grundrecht im Lichte eines anderen interpretiert wird und damit je nach der Art der betroffenen Entfaltungsbereiche einen unterschiedlichen Gehalt annimmt.

Es gibt jedoch noch andere Hinweise darauf, daß das Bundesgericht die Grundrechte untereinander in Beziehung setzt, sie gewichtet und einander beeinflussen läßt. Sonst wäre kaum möglich, daß es den Gleichheitssatz als „Grundlage des Rechtsstaates“[78] oder die Meinungsäußerungsfreiheit als Fundament jedes demokratischen Staates bezeichnet und ihr eine Sonderstellung im Katalog der verfassungsmäßigen Rechte und damit eine bevorzugte Behandlung durch die Behörden zuerkennt[79].

Besonders deutlich wird die Interdependenz der Grundrechte dort, wo das Gericht bestimmte Freiheiten als ungeschriebene Grundrechte anerkennt, weil sie die Voraussetzung der Ausübung anderer Freiheitsrechte darstellen[80]. Damit ist ausgesprochen, daß für einen sinnvollen Grundrechtsschutz verschiedene verfassungsmäßige Rechte zusammenwirken müssen und nur gesamthaft die Freiheit des Bürgers garantieren können.

Sodann setzt die Lehre von den unverzichtbaren und unverjährbaren Rechten voraus, daß unter den einzelnen Grundrechten eine Gewichtung vorgenommen wird, wonach die einen diese Vorzugstellung verdienen, während andere nicht. Das Bundesgericht gibt sogar das Kriterium an, das jene Rechte verbindet: Sie sind alle dazu bestimmt, die Menschenwürde zu gewährleisten[81]. Damit sind sie auf ein gemeinsames Ziel ausgerichtet und es liegt nahe zu fordern, daß sie in dessen Lichte zu interpretieren und aufeinander abzustimmen seien.

Dieser Forderung entspricht schließlich die neue Deutung der persönlichen Freiheit, sei es als Hauptfreiheit, von der sich die andern verfassungsmäßigen Rechte herleiten[82], sei es als „verfassungsrechtlicher Leitgrundsatz“, der den Schutz der Persönlichkeit und Menschenwürde des einzelnen garantiert[83].

Ebenso wichtig wie die Anerkennung des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde — und als schöpferische Leistung vielleicht noch bedeutsamer — ist dabei der Ansatz zu einem neuen Grundrechtsver-

---

[78] BGE 94 I 513 ff., 521.

[79] BGE 96 I 586 ff., 592. Allerdings läßt gerade die Praxis zur Konkurrenz zwischen dieser Freiheit und der Handels- und Gewerbefreiheit eine solche bevorzugte Behandlung vermissen.

[80] BGE 88 I 260 ff., 272; 89 I 92 ff., 98.

[81] BGE 90 I 29 ff., 37.

[82] Ebd.

[83] BGE 97 I 45 ff., 49 f.

ständnis des Bundesgerichts. Im Gegensatz zu der üblichen isolierenden Betrachtungsweise spricht es hier einem Grundrecht neben seiner überkommenen Schutzfunktion für die physische Freiheit (später erweitert auf die geistige Integrität) zwei zusätzliche Wirkungsweisen zu, die bisher keinem Grundrecht eigen waren: 1. Auswirkung auf Inhalt und Umfang der übrigen verfassungsmäßig gewährleisteten Freiheitsrechte und 2. subsidiäre, komplementäre Wirkung dort, wo kein anderes Freiheitsrecht in Frage steht[84].

Die erste Wirkung muß bedeuten, daß alle Grundrechte im Lichte der persönlichen Freiheit und der Menschenwürde zu interpretieren und zu konkretisieren sind. Jeder Entscheid über verfassungsrechtliche Ansprüche des einzelnen hat in Zukunft im Rahmen der Prüfung einer behaupteten Grundrechtsverletzung die Anforderungen der persönlichen Freiheit und der Menschenwürde zu berücksichtigen. Der Schutzbereich oder die Intensität des Schutzes, den das betreffende Grundrecht gewährt, ist entsprechend auszugestalten. Damit wird die methodische Voraussetzung für eine wesentliche Verfeinerung des Grundrechtsschutzes geschaffen.

In gleicher Richtung weist die zweite Wirkung, die einen lückenlosen Schutz des Grundwertes der Persönlichkeit und der Menschenwürde verspricht. Die Ausrichtung auf diesen Grundwert und die Beschränkung auf „elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung des Menschen“[85] verhindert ein Abgleiten der persönlichen Freiheit in eine allgemeine Handlungsfreiheit (die unter einem ebenso allgemeinen Gesetzesvorbehalt stehen müßte) und erlaubt auch eine Abgrenzung gegenüber dem absoluten Anspruch Giacomettis, „wonach die Verfassung — unter Vorbehalt ausdrücklicher Ausnahmen — überhaupt jede individuelle Freiheit gewährleistet, die durch einen staatlichen Eingriff je verletzt werden könnte“[86].

Ansatzweise zeichnet sich in der Praxis des Bundesgerichts ein neues Grundrechtsverständnis ab, das mit folgenden Richtsätzen gekennzeichnet werden kann:

— Die Verfassung und ihre Grundrechte sind ausgerichtet auf eine Wertordnung, die es sich zur Aufgabe macht, die Menschenwürde und den Eigenwert des Individuums sicherzustellen[87]. Persönlichkeit und Menschenwürde gehören zum Programmgehalt sämtlicher Grundrechte.

---

[84] BGE 97 I 45 ff., 49 f.; 99 I a 504 ff., 509; 100 I a 189 ff., 193; 102 I a 279 ff., 282 und 302 ff., 303.

[85] BGE 97 I 45 ff., 49; besonders deutlich: 101 I a 336 ff., 346 f.

[86] BGE 97 I 45 ff., 49, unter Hinweis auf Z. *Giacometti,* Freiheitsrechtskataloge, S. 149 ff.

[87] BGE 97 I 45 ff., 49.

— Die Grundrechte sind auf diese Weise einander zugeordnet und beeinflussen sich gegenseitig nach Inhalt und Umfang. Insbesondere durchwirkt der objektive Gehalt der persönlichen Freiheit als Leitgrundsatz alle übrigen verfassungsmäßigen Rechte.

— Die Grundrechte wahren ihren geschichtlich gewachsenen spezifischen Gehalt und bleiben damit unmittelbar anwendbare Individualrechtsnormen mit eigenem Normprogramm und relativ abgrenzbarem Normbereich.

— Die dadurch entstehenden Lücken im Grundrechtsschutz werden durch die persönliche Freiheit aufgefangen, soweit elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung betroffen sind. Damit wird ein Mindestmaß an Menschenwürde lückenlos gewährleistet.

Allerdings muß eingeräumt werden, daß das hier angedeutete Grundrechtsverständnis in der Spruchpraxis noch kaum sichtbare Folgen gezeitigt hat. Die mögliche Verfeinerung des Grundrechtsschutzes ist bisher ausgeblieben. Die Erwägungen, die den aufgezeigten Wandel beinhalten, sind zwar bereits zur stehenden Wendung geworden und daher sicher nicht als bloße obiter dicta gemeint, haben sich jedoch noch in keinem Fall als entscheidnotwendig erwiesen. Das mag dadurch bedingt sein, daß das Gericht bisher noch nie Gelegenheit hatte, einen Fall zu entscheiden, in welchem das Verhältnis unter den Grundrechten und zum Grundsatz der Menschenwürde eine Rolle hätte spielen können. Wahrscheinlich ist der Grund dafür jedoch vielmehr im Umstand zu suchen, daß die bisherigen Schritte noch durch einen weiteren ergänzt werden müssen, durch welchen der methodische Vorgang umschrieben wird, der den Einbezug des objektiven Gehaltes eines zweiten Grundrechts oder des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde in die Konkretisierung des hauptsächlich anwendbaren Grundrechts erlaubt.

Der geforderte methodische Vorgang wird es gestatten müssen, den abstrakten Normgehalt des Grundrechts nicht nur im Hinblick auf den Sachverhalt des zu beurteilenden Falles zu konkretisieren, sondern ebenso durch die normativen Gesichtspunkte, die das zweite Grundrecht, bzw. der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde zum Sachverhalt beitragen. Es muß sich notwendigerweise um einen Abwägungsvorgang handeln, der erlaubt, eine Vielzahl von Gesichtspunkten normativer und tatsächlicher Art gegen- und miteinander zu berücksichtigen.

222.3 Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Der methodische Vorgang, der schon bisher eine ähnliche Abwägung beinhaltet hat, ist die Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines behördlichen Eingriffs in die Freiheit des einzelnen. Daher ist im folgenden

dieser Vorgang anhand der Praxis der Bundesgerichts zu untersuchen, um festzustellen, ob er sich für den Einbezug der zusätzlichen normativen Gesichtspunkte eignet[88].

In den meisten Fällen prüft das Bundesgericht unter dem Titel „Verhältnismäßigkeit" die Frage, ob der behördliche Akt, der angefochten wird, dem Ziel, dem er dient, angepaßt ist oder nicht[89]. Das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit sämtlicher Verwaltungsmaßnahmen erscheint dabei als Differenzierung des Erfordernisses des öffentlichen Interesses: Vorausgesetzt wird, daß die Rechte des einzelnen nur für Ziele beschränkt werden dürfen, die im öffentlichen Interesse liegen. „Verboten sind danach vorerst solche einschränkende (Polizei-)Maßnahmen, zu deren Rechtfertigung das öffentliche Wohl nicht angerufen werden kann. Das Verbot trifft aber im weitern auch diejenigen Maßnahmen, welche an sich wohl im öffentlichen Interesse liegen, die aber durch eine weniger weitgehende Maßnahme mit gleicher Wirkung ersetzt werden können. Denn insofern ist die weitergehende Einschränkung im Gemeinwohl nicht begründet[90]." Der Eingriff muß das „richtige Mittel" zur Erreichung des Zieles sein und es „erlauben, dasselbe unter möglichster Schonung" der Freiheit des einzelnen zu erreichen[91].

Das Verhältnis, welches der Eingriff zu wahren hat, ist jenes zwischen der Beeinträchtigung der Freiheit des einzelnen und der Förderung eines Zieles, das im öffentlichen Interesse liegt. Die Abwägung wird vom Bundesgericht jedoch in den meisten Fällen nicht ausdrücklich vorgenommen. In der Regel geht es aus von einem vorgegebenen öffentlichen Interesse, das den Zweck der Maßnahme deckt. Diese muß das zur Erfüllung dieses Zweckes geeignete und notwendige Mittel darstellen und darf nicht stärker in die Freiheit des einzelnen eingreifen, als der Zweck es erfordert. Kann das Ziel jedoch anders nicht oder nicht auf zweckmäßige Weise oder nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwand[92] erreicht werden, dann gilt das Mittel als verhältnismäßig und durch den Zweck gerechtfertigt.

Bei diesem Gedankengang ist nur noch das Mittel dem Zweck anzupassen. Dieser steht nicht mehr in Frage. Der Gehalt des Freiheitsrechtes, das dem öffentlichen Interesse gegenüber steht, spielt höchstens

---

[88] Vorläufig bleibt dahingestellt, ob für das Verhältnis eines Grundrechts zu einem Verfassungsgrundsatz (wie dem der Menschenwürde) etwas anderes zu gelten hätte als für jenes zu einem zweiten Grundrecht (vgl. hinten Ziffer 223).

[89] BGE 97 I 499 ff., 508 E. 4 c.

[90] So schon BGE 52 I 222 ff., 227.

[91] ZBl 65 (1964) S. 157 ff., 161 E. 4; vgl. BGE 97 I 499 ff., 508 E. 4 c.

[92] BGE 90 I 328 ff., 331.

noch bei der Auswahl der möglichen Mittel eine Rolle, nicht jedoch bei der Bestimmung des zu verfolgenden Zweckes. Das öffentliche Interesse erhält damit unwillkürlich den Vorrang über das Freiheitsrecht: Dessen Gehalt wird durch die Anforderungen des öffentlichen Interesses eingeschränkt; das letztere kann aber durch das Freiheitsrecht nicht in Frage gestellt und neu ausgerichtet werden.

Aus dieser Sicht ist auch verständlich, daß das Bundesgericht es ablehnt, gewerbepolizeiliche Maßnahmen, die im öffentlichen Interesse erforderlich und mit der Handels- und Gewerbefreiheit vereinbar scheinen, noch auf ihre Verträglichkeit mit der Presse- oder Meinungsäußerungsfreiheit zu überprüfen. Für eine solche Prüfung läßt der Gedankengang keinen Raum. Sie wird erst sinnvoll, wenn die Frage der Verhältnismäßigkeit anders gestellt wird: 1. Wie verhält sich die Maßnahme zum Interesse der Öffentlichkeit? 2. Wie verhält sich die Maßnahme zum Interesse des einzelnen? 3. Stellt sie einen angemessenen Ausgleich dar, d. h. steht sie in einem ausgewogenen Verhältnis zu den sich gegenüberstehenden Rechtsgütern[93]? In einem solchen Abwägungsprozeß lassen sich die Gesichtspunkte anderer Grundrechte einbringen. Allerdings muß noch die Methode gefunden werden, die die Abwägung der Rechtsgüter rational gestattet[94].

Das Bundesgericht weist hierfür selber den Weg, wenn es in besonders heiklen Fällen verlangt, daß die Maßnahme nicht nur zu ihrem Zweck, sondern auch zu den erforderlichen Freiheitsbeschränkungen in einem vernünftigen Verhältnis stehen muß[95].

222.4 Der Grundsatz der Rechtsgüterabwägung

Die Ausdehnung des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu einem allgemeinen Grundsatz der Rechtsgüterabwägung bedingt, daß die Frage, ob das öffentliche Interesse für die angefochtene Freiheitsbeschränkung gegeben sei, nicht wie üblich vorweg, sondern erst in diesem Abwägungsvorgang entschieden wird. Das Erfordernis des öffentlichen Interesses kann nicht mehr von jenem der Verhältnismäßigkeit geschieden

---

[93] Auch das Bundesgericht stellt grundsätzlich fest, daß „der Verfassungsrichter bei der Umschreibung der geschützten Freiheitssphäre den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten und eine Wertung der sich gegenüberstehenden Rechtsgüter und Interessen vorzunehmen" hat (BGE 97 I 45 ff., 50).

[94] Es ist zweifellos leichter, bei vorgegebenem Ziel die Verhältnismäßigkeit des Mittels nach den bundesgerichtlichen Kriterien der Eignung, Notwendigkeit und Schonung zu prüfen, als die verfassungsrechtliche Gesamtwertung der konfligierenden Interessen vorzunehmen. Wo findet sich die Waage, die öffentliche und private, wirtschaftliche und geistige Interessen und Werte wägt?

[95] BGE 97 I 499 ff., 508 E. 4 c.

werden. Die Unsicherheit in der Trennung der beiden Kriterien äußert sich denn auch in Urteilsbegründungen, die verlangen, daß Freiheitsbeschränkungen „im öffentlichen Interesse liegen bzw. verhältnismäßig" sein müssen, und die danach fragen, ob die Maßnahme „als verhältnismäßig bezeichnet werden kann, d. h. ob das öffentliche Interesse ... eine Beschränkung ... erheischt"[96].

Ob ein genügendes öffentliches Interesse für einen behördlichen Eingriff vorliegt, prüft das Bundesgericht anhand einer „Abwägung des in Frage stehenden öffentlichen Interesses des Gemeinwesens gegen die entgegenstehenden privaten Interessen"[97]. Dabei legt es einen um so strengeren Maßstab an, je tiefer in den privaten Bereich eingegriffen wird[98].

Wenn nun der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht nur verlangt, daß das Ziel der Maßnahme im öffentlichen Interesse liegen sondern „zudem in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln, den zu seiner Erlangung notwendigen Freiheitsbeschränkungen stehen" müsse[99], so bedeutet dies, daß unter dem Titel der Verhältnismäßigkeit das öffentliche Interesse aus der Sicht des Freiheitsrechts in Frage gestellt wird.

Die Wahrung eines „vernünftigen Verhältnisses" des Ziels zu den notwendigen Mitteln bedingt, daß das erforderliche öffentliche Interesse um so größer wird, je schwerer die Mittel in die Freiheit des einzelnen eingreifen. Oder anders gesagt: Je schwerer der Eingriff in das Freiheitsrecht wiegt, desto eher ist auf die Durchsetzung des öffentlichen Interesses zu verzichten.

Es stellt sich nicht nur die Frage, welche Beschränkungen der privaten Freiheit in einem vernünftigen Verhältnis zum öffentlichen Interesse stehen, sondern auch jene, welche Beeinträchtigungen des öffentlichen Interesses in einem vernünftigen Verhältnis zum Rechtsgut der Freiheit stehen und von der Öffentlichkeit zu dulden sind.

Verhältnismäßigkeit im umfassenden Sinn bedeutet folglich zweierlei: Je größer das öffentliche Interesse an der Maßnahme, desto schwerer der zulässige Eingriff in das Freiheitsrecht, und: je größer das private Interesse an der Wahrung der Freiheit, desto schwerer die zumutbare Beeinträchtigung des öffentlichen Interesses.

Das Problem ist beide Male dasselbe, nur der Blickwinkel ist anders. Die umfassende Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme er-

---

[96] BGE 97 I 45 ff., 51 und 52.

[97] ZBl 67 (1966) S. 356 ff., 358 f.

[98] BGE 87 I 515 ff., 517.

[99] BGE 91 I 480 ff., 487; 93 I 703 ff., 707.

fordert, daß nicht nur das öffentliche Interesse, sondern ebenso das Freiheitsrecht zum Ausgangspunkt der Überlegung gemacht wird. Neben die Frage: welche Freiheitsbeschränkungen sind im öffentlichen Interesse zu verantworten, tritt die Frage: welche Beschränkungen des öffentlichen Interesses sind aus Gründen des Freiheitsschutzes zu verantworten.

Erst wenn die zweite Frage ausdrücklich gestellt wird, somit der Gedanke beim Grundrecht statt beim öffentlichen Interesse ansetzt, läßt der Gedankengang Raum für die Forderungen, die die Grundrechte an das behördliche Handeln stellen. Erst dann ist es möglich, daß die Maßnahme nicht nur grundrechtlich verboten oder abgegrenzt, sondern auch in ihrem Inhalt umgestaltet wird. Vor allem wird erst dann möglich, den Einfluß anderer Grundrechte und des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde auf den Gehalt des unmittelbar betroffenen Grundrechts zu bestimmen und zur Geltung zu bringen.

Das Bundesgericht hat die zweite Frage freilich bisher noch nie ausdrücklich gestellt. Es beschränkt sich auf die allgemeine Wendung, wonach das Ziel in einem vernünftigen Verhältnis zu den notwendigen Freiheitsbeschränkungen stehen müsse, prüft, ob ein „Mißverhältnis zwischen den auf dem Spiele stehenden öffentlichen und privaten Interessen" vorliegt[100] oder stellt das „öffentliche Interesse dem Rechtsgut der persönlichen Freiheit" gegenüber[101]. Wie dabei verglichen oder gewogen werden kann, bleibt unausgesprochen. Immerhin kennt das Bundesgericht ein praktisch brauchbares, wenn auch formales Kriterium für seinen Entscheid: Es ist die Forderung, wonach das öffentliche Interesse erheblich sein und das entgegenstehende private Interesse überwiegen muß[102].

So hat das Gericht im Entscheid 94 I 52 ff., das öffentliche Interesse am Landschaftsschutz im Eigental (ZH) gegen die privaten Interessen der Grundeigentümer abgewogen. In jenem Gebiet, welches an das Naturreservat angrenzt und nur mit großem Aufwand zu erschließen wäre, hat es das öffentliche Interesse als überwiegend bejaht, während es für die Geländeterrasse des betroffenen Weilers, von welcher teilweise die Sichtverbindung mit dem Tal fehlt, ein Mißverhältnis zwischen dem wesentlich geringeren öffentlichen Schutzinteresse und den wesentlich größeren privaten Interessen angenommen hat[103]. Zum

---

[100] BGE 93 I 703 ff., 707 E. 5 b.

[101] BGE 98 I a 418 ff., 426.

[102] BGE 93 I 247 ff., 250 E. 3; 94 I 52 ff., 59 E. 3; 97 I 893 ff., 901 E. 6 e; 99 I a 747 ff., 753.

[103] Vgl. ebenfalls BGE 94 I 127 ff., 137 f. Das Gericht ließ hier ein reichlich unbestimmtes und entferntes Bedürfnis der öffentlichen Hand an einer Landreserve für die zukünftige Erweiterung einer erst geplanten Motorfahrzeug-

Grundrecht der persönlichen Freiheit hat das Gericht entschieden, daß trotz klarer gesetzlicher Grundlage nicht in jedem Fall gegen einen widerspenstigen Zeugen die Beugehaft angedroht werden darf. Deren Zulässigkeit hängt vielmehr von der Bedeutung der zu erwartenden Aussage für die Strafverfolgung ab. Besteht nur die vage Hoffnung, auf diesem Wege weitere an der strafbaren Handlung aktiv Beteiligte zu finden, so muß dieses relativ unbestimmte öffentliche Interesse dem Rechtsgut der persönlichen Freiheit weichen[104].

Ein Beispiel dafür, wie der umfassende Abwägungsprozeß über die bloße Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck hinaus eine Vielzahl von Gesichtspunkten einschließen kann, bietet der Entscheid 100 I a 392 ff., 402, der einige Grundsätze für die Bewilligung von Demonstrationen aufstellt. Obwohl es hierbei um gesteigerten Gemeingebrauch geht, wird den Grundrechten ihre Schutzwirkung zuerkannt. Zwar darf die Behörde neben dem Gesichtspunkt der polizeilichen Gefahrenabwehr auch andere öffentliche Interessen berücksichtigen. Doch ist sie verpflichtet, eine Interessenabwägung vorzunehmen, in welcher sie auf der Gegenseite nicht nur die Schranken des Willkürverbots und der Rechtsgleichheit zu beachten hat, sondern daneben auch den besonderen ideellen Gehalt der Freiheitsrechte, um deren Ausübung es geht. Bei der Abwägung der entgegenstehenden Interessen nach objektiven Gesichtspunkten ist insbesondere auch dem „legitimen Bedürfnis" Rechnung zu tragen, Veranstaltungen mit Appellwirkung an eine breitere Öffentlichkeit durchführen zu können. — Auf diese Weise finden auch Gesichtspunkte Eingang in die Abwägung, die sich nicht direkt aus den betroffenen Grundrechten ergeben: Obwohl ein besonderes Demonstrationsrecht abgelehnt wird, findet das „legitime Bedürfnis" nach Appellwirkung seinen Rechtsschutz, ein Gesichtspunkt, der nicht zum Gehalt der Meinungsäußerungs- oder Versammlungsfreiheit gehört und für sich genommen kein rechtlich geschütztes Interesse darstellt[105].

Das Bundesgericht nimmt somit des öftern eine allseitige Interessen- und Rechtsgüterabwägung vor, doch geschieht diese immer von der Warte des vorausgesetzten öffentlichen Interesses aus. Eine Umkehrung der Fragestellung ist nicht zu finden.

---

prüfstelle hinter dem Interesse der Inhaber eines Transport- und Lagergeschäftes an derselben Landreserve zurücktreten.

[104] BGE 98 I a 418 ff., 425 f.

[105] Ein besonders auffälliges Beispiel dafür, wie das Bundesgericht es versteht, legitime Interessen, die nicht unmittelbar durch eine Rechtsnorm gedeckt sind, zu schützen, findet sich im Entscheid 97 I 262 ff., der die Legitimation der außerehelichen Mutter zur Beschwerde gegen Verfügungen betreffend die Vormundschaft und die elterliche Gewalt über das Kind trotz Fehlen eines eigenen Rechtes der Mutter mit der natürlichen Beziehung zwischen Mutter und Kind begründet. Jene habe eine „durch Rechtsnormen mitbestimmte Stellung" (S. 266).

Andernfalls müßte sich im Sprachenentscheid 91 I 480 ff., 492 unbedingt neben der Feststellung, daß der Schutz der sprachlichen Eigenart des Kantons „im Sinne der in Art. 116 Abs. 1 BV enthaltenen Gewährleistung der überlieferten Ausdehnung und Homogenität der vier Sprachgebiete der Schweiz" liege, auch die Frage zu finden sein, ob nicht ein gewisser Verlust an Homogenität im Interesse der Sprachenfreiheit des einzelnen zu dulden wäre. Das Gericht beschränkt sich aber auf die Feststellung, daß die kantonalen Instanzen sich darüber Rechenschaft geben, „welche Bedeutung der Muttersprache im Leben des Menschen zukommt" (492 f.), und läßt es genügen, daß die Behörden sich „von einer Wertung leiten lassen, die auch Art. 116 BV zugrunde liegt" (493). Daß diese Wertung gerade im Lichte der entgegenstehenden Sprachenfreiheit zu konkretisieren wäre, wird dabei übersehen. Es wird nur das öffentliche Interesse als Grenze der Freiheit, nicht aber die Freiheit als Richtmaß des öffentlichen Interesses anerkannt[106].

Der Ansatz beim Grundrecht zur Bestimmung des Gehalts des öffentlichen Interesses ist dem Bundesgericht im übrigen nicht unbekannt. Wenn es auch nicht beim Grundrechtsschutz derjenigen ansetzt, gegen den sich die behördliche Maßnahme wendet, so beruft es sich im Polizeirecht wiederholt auf die Individualrechte der Bürger als Bestandteile der öffentlichen Ordnung zur Rechtfertigung polizeilicher Eingriffe[107]. Demnach gehören bereits nach heutiger Praxis die Grundrechte zu den Rechtsgütern, die das öffentliche Interesse mitbestimmen.

Diese Sichtweise wird jedoch verlassen, wenn das Gericht eine kantonale Ferienregelung nur deshalb als kantonales öffentliches Recht, das in Art. 6 ZGB vorbehalten wird, anerkennt, weil sie im Interesse der öffentlichen Gesundheit den Arbeitnehmer — wenn auch indirekt — zwingt, sich zu erholen um Kräfte zu sammeln und seine Gesundheit zu schonen[108]. Grundsätzlich müßte das öffentliche Interesse nicht nur vom Gesellschaftsinteresse an der Volksgesundheit und der Erhaltung der Arbeitskraft, sondern auch vom Persönlichkeitsschutz her begründbar sein.

Die Beispiele möglicher Ausdehnung des Abwägungsvorganges könnten noch erweitert werden. Hier geht es jedoch nur darum, aufzuzeigen,

---

[106] Die konkrete Gegenüberstellung hätte um so mehr nahe gelegen, als das Gericht im selben Entscheid die allgemeinen Kriterien der Abwägung angegeben hatte (S. 487). Darunter findet sich sowohl das Gebot „möglichster Schonung der Würde und Freiheit des einzelnen" wie auch die Forderung nach einem „vernünftigen Verhältnis" des Ziels zu den eingesetzten Mitteln. Danach hätte die Frage gestellt werden müssen, ob die Forderungen, die sich aus der Menschenwürde und der Sprachenfreiheit ergeben, nicht das öffentliche Interesse im konkreten Fall überwiegen.

[107] BGE 87 I 362 ff., 364; 92 I 24 ff., 31.

[108] BGE 87 I 186 ff., 189.

daß die umfassende Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Verwaltungshandelns der geeignete methodische Ort ist, um die Gesichtspunkte einzubringen, die sich aus anderen Grundrechten oder aus Verfassungsgrundsätzen wie jenem der Menschenwürde ergeben. Dieses Vorgehen entspricht jedenfalls der Praxis des Bundesgerichts am besten, da diese dazu verschiedene Ansätze bietet:

— Durch den Einbezug des öffentlichen Interesses in die Prüfung der Verhältnismäßigkeit gestattet das Gericht eine umfassende Rechtsgüterabwägung;
— damit eröffnet es die Möglichkeit, das Grundrechtsinteresse das öffentliche Interesse überwiegen zu lassen;
— ferner ist es bereit, Gesichtspunkte in die Abwägung einzubeziehen, die sich nicht unmittelbar aus dem anwendbaren Grundrecht ergeben, und
— schließlich anerkennt es die Grundrechte als Bestandteile der öffentlichen Ordnung, deren Gehalt sie folglich mitbestimmen.

Von da ist der Schritt nicht mehr groß, der zu einer ganzheitlichen Grundrechtspraxis führt, welche die verfassungsrechtliche Wertung der konfligierenden Interessen anhand der Gesamtheit der einander zugeordneten und auf die Menschenwürde ausgerichteten Grundrechte und Verfassungsgrundsätze vornimmt.

223 Zum Verhältnis von Grundrecht und Verfassungsgrundsatz

Das Bundesgericht hat die Menschenwürde nicht als neues ungeschriebenes Grundrecht der Bundesverfassung anerkannt. Vielmehr hat es die Menschenwürde als einen Wert, ein Rechtsgut aufgefaßt und ihm als Schutznorm die persönliche Freiheit zugeordnet. Die Menschenwürde und der Eigenwert des Individuums sind die Zielgehalte einer ganzen Wertordnung, zu der sich das Bundesgericht bekennt[109]. Sie dienen als Leitbilder eines Staatswesens, „welches dem Bürger in jedem Fall ein bestimmtes Mindestmaß an persönlichen Entfaltungsmöglichkeiten beläßt“[110]. Zu ihrer Verwirklichung sind der Entscheidung „die einer rechtsstaatlichen Freiheitsidee entsprechenden philosophischen und ethischen Prinzipien zugrunde zu legen“[111].

Der Menschenwürde fehlt der für die einzelnen Grundrechte typische, relativ abgrenzbare Normbereich. Ihr Gehalt durchdringt alle Rechtsbereiche, er ist allgemein und umfassend. Wie sich gezeigt hat, wird die Menschenwürde nicht nur über die persönliche Freiheit[112] ge-

[109] BGE 97 I 45 ff., 49.
[110] Ebd., S. 50.
[111] Ebd.
[112] BGE 90 I 29 ff., 37; 97 I 45 ff., 50.

schützt, sondern auch über die Rechtsgleichheit[113], die unverzichtbaren und unverjährbaren Rechte[114], ja über die Gesamtheit der Grundrechte überhaupt[115].

Damit bietet sich für das Gebot der Wahrung der Menschenwürde die Figur des allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatzes an. Dies um so mehr, als auch das Grundrecht der persönlichen Freiheit als „verfassungsrechtlicher Leitgrundsatz"[116] angesprochen wird, soweit es zum Schutze der Menschenwürde über seinen angestammten Normgehalt hinausreicht.

Im übrigen verleiht die Praxis des Bundesgerichts dem Unterschied von Grundsatz und Norm keine Bedeutung[117], abgesehen vom Umstand, daß dem Grundsatz kein besonderer Normbereich zugeordnet ist, sondern sein materieller Gehalt als Leitsatz in der gesamten Rechtsordnung Anwendung findet[118].

So hat das Bundesgericht abgesehen vom Grundrecht der persönlichen Freiheit auch anderen verfassungsmäßigen Rechten die Wirkung von Verfassungsgrundsätzen zugesprochen[119].

---

[113] ZBl 65 (1964), S. 216.

[114] BGE 90 I 29 ff., 37.

[115] BGE 97 I 45 ff., 49 f.

[116] Ebd., S. 49; 839 ff., 842.

[117] Z. B. ist ein Entscheid gleichermaßen willkürlich, wenn er „einen allgemeinen Rechtsgrundsatz oder eine Norm offensichtlich schwer verletzt" (BGE 93 I 1 ff., 6).

[118] Nach der neueren Grundrechtslehre sind die Grundrechte insgesamt als solche Leitsätze zu verstehen, d. h. als „Verfassungsnormen, welche bis in die feinsten Verästelungen der Rechtsordnung ausstrahlen" (*P. Saladin,* Grundrechte im Wandel, S. 295). Damit wird der „objektiv-rechtliche Gehalt" der Grundrechte angesprochen, d. h. „die sog. ‚Wertentscheidung', die die Auslegung aller Rechtsnormen beeinflussen, wie Anlaß zu gesetzgeberischer Aktivität geben kann" (*E. Friesenhahn,* Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, S. G 18). Vgl. *W. Schaumann,* Der Auftrag des Gesetzgebers, S. 49, *U. Scheuner,* Funktion der Grundrechte, S. 507 f. und *K. Hesse,* Grundzüge, S. 116 f.

[119] Als allgemeines Rechtsprinzip wirkt nach BGE 98 I b 301 ff., 306 die Meinungsäußerungsfreiheit beim Entscheid der Hochschulbehörden über eine Disziplinarmaßnahme gegen einen dem besonderen Rechtsverhältnis unterstellten Studenten. Der Bestattungsentscheid 45 I 119 ff., 132 f. nennt ebenfalls als „Verfassungsgrundsätze allgemeiner Art" die individuelle Freiheit des Bürgers, die Persönlichkeit und ihr Recht auf Geltung und Achtung durch die Allgemeinheit. — Zum Verhältnis von Verfassungsgrundsatz und allgemeinem Rechtsgrundsatz vgl. *A. Grisel,* Droit administratif Suisse, Neuchâtel 1970, S. 40. *A. Grisel* (ebd.) und *B. Knapp* (Le recours de droit public, ZSR NF. Bd. 94 (1975) II S. 207 ff., 292) nennen folgende Verfassungsgrundsätze: den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit, des öffentlichen Interesses, der Rechtsgleichheit (und des daraus abgeleiteten Willkürverbots), den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, das Vertrauensprinzip und das Rückwirkungsverbot.

Anderseits hat das Bundesgericht die allgemeine Polizeiklausel zu einem ungeschriebenen verfassungsrechtlichen Grundsatz erhoben, ohne sie einer bestimmten Norm zuordnen zu können[120].

Im allgemeinen sucht aber das Bundesgericht die Grundsätze der Verfassung auf die Grundrechte abzustützen, wobei meist — aber nicht immer — angedeutet wird, daß die Grundsätze sich aus den Normen ableiten lassen[121]. Zum Beispiel hat das Bundesgericht „den Grundsatz von Treu und Glauben jeweils als einen unmittelbar aus Art. 4 BV folgenden, für die gesamte staatliche Tätigkeit geltenden Grundsatz betrachtet"[122]. Den Grundsatz der Rechtsgleichheit sieht es in Art. 4 BV „enthalten"[123] oder „verankert"[124]; das Prinzip der Lastengleichheit läßt es auf der gleichen verfassungsrechtlichen Grundlage beruhen[125]. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Besteuerung ergibt sich schließlich nach der Praxis des Bundesgerichts aus dem Gebot der Gleichbehandlung der Bürger nach Art. 4 BV[126].

Der allgemeine Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hingegen „ergibt sich unmittelbar aus der Verfassung"[127]. Er wird nicht weiter abgeleitet.

Auch der Leitgrundsatz der Menschenwürde läßt sich nicht von irgendwelchen anderen verfassungsrechtlichen Normen herleiten. Er läßt sich höchstens noch auf jene außerjuristischen Erkenntnisquellen ausrichten, die das Bundesgericht anspricht, wenn es auf „die einer rechtsstaatlichen Freiheitsidee entsprechenden philosophischen und ethischen Prinzipien"[128] verweist.

Das Verhältnis der verschiedenen Leit-, Verfassungs- und allgemeinen Rechtsgrundsätze zueinander bleibt ungeklärt. Die Praxis verzich-

---

[120] BGE 92 I 24 ff., 31.

[121] Nach BGE 98 I a 362 ff., 365/6 „ergeben" sich die Prinzipien aus den verfassungsmäßigen Rechten. Nach Z. *Giacometti,* Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts Bd. 1, Zürich 1960, S. 288 können Verfassungsnormen auf zwei Arten allgemeine Rechtsgrundsätze (des Verwaltungsrechts) bilden: Diese Grundsätze sind „entweder ausdrückliche Verfassungsgrundsätze im Sinne der Freiheitsrechte oder des Gleichheitssatzes oder aber, gleich dem Willkürverbot, Konkretisierungen solcher ausdrücklicher Verfassungsgrundsätze, ... also ein Resultat der Verfassungsauslegung".

[122] BGE 94 I 513 ff., 521.

[123] Ebd.

[124] BGE 99 I a 638 ff., 652.

[125] Ebd.

[126] Ebd.

[127] BGE 96 I 234 ff., 242 E. 5. Das Bundesgericht hat sich nie darum bemüht, dieses zentrale Prinzip dogmatisch zu erfassen. Es läßt sich auch kaum einem bestimmten Grundrecht zuordnen, sondern müßte vielmehr als Ausfluß der Rechtsstaatlichkeit verstanden werden (welcher freilich Art. 4 BV besonders nahe steht).

[128] BGE 97 I 45 ff., 50.

tet auf ihre dogmatische Durchdringung und löst die Frage ihres Zusammenspiels im Abwägungsprozeß des Einzelfalles. Für das Verständnis des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde ist denn auch bloß zweierlei von Bedeutung:

1. daß ihm die gleiche Verbindlichkeit zukommt wie einem einzelnen Grundrecht und
2. daß er seine Wirkung im gesamten Verfassungsrecht — oder gar in der ganzen Rechtsordnung — entfalten kann.

Wie diese Wirkung grundsätzlich zum Tragen kommen könnte, ist für den Kreis der Grundrechte im vorangehenden Abschnitt angedeutet worden[129]. Danach dürfte staatliches Handeln in allen Bereichen nur dann als verhältnismäßig gelten, wenn es sich von dem Gebot der Wahrung der Menschenwürde leiten läßt.

Ungeklärt ist jedoch noch die Frage, welche Auswirkungen die Menschenwürde über die Gesamtheit der Grundrechte hinaus auf die übrige Rechtsordnung zu entfalten vermag. Auch die Antwort auf diese Frage hängt nicht nur vom Gehalt der Menschenwürde ab, sondern ebenso vom Grundrechtsverständnis insgesamt.

224 Die Stellung der Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung

Die Grundrechte regeln als materielles Verfassungsrecht in erster Linie das Verhältnis von Bürger und Staat[130]. Das Verhältnis der Bürger untereinander hingegen wird in erster Linie durch das Privatrecht geregelt. Dieses wird immerhin in den Grundzügen auch vom Staat erlassen und im Streitfall angewendet und durchgesetzt. Diese Beteiligung des Staates am Verhältnis der Bürger untereinander und das Postulat der Einheit der Rechtsordnung führen notwendigerweise zur Frage, welche Stellung den Grundrechten in der gesamten Rechtsordnung zukommt und welche Wirkung sie darin entfalten.

Die Frage wird üblicherweise unter zwei Gesichtspunkten geprüft: jenem der Drittwirkung (oder Horizontalwirkung) der Grundrechte und jenem der verfassungskonformen Auslegung der Gesetze[131].

224.1 Zur Drittwirkung der Grundrechte

Die Lehre unterscheidet zwischen direkter und indirekter Drittwirkung. Nach der einen verpflichten die Grundrechte die Privaten un-

[129] Ziffer 222.

[130] Vgl. vorne Ziffer 221.2.

[131] Der zweite Gesichtspunkt hat außerdem noch eine besondere Bedeutung im Zusammenhang mit dem Fehlen der Verfassungsgerichtsbarkeit im Bund; vgl. dazu hinten Ziffer 224.2.

mittelbar in der Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen, nach der andern wirken sie nur mittelbar über privatrechtliche Normen und Grundsätze[132].

Das Bundesgericht hat in seiner früheren Praxis die Drittwirkung — zumindest in ihrer direkten Form — grundsätzlich abgelehnt. Bereits im Band 3, S. 262 ff., findet sich ein Entscheid, der das Eigentum nur gegen willkürlichen Expropriation, nicht aber gegen Ansprüche Privater schützt. Und von der Handels- und Gewerbefreiheit sagt das Gericht apodiktisch, sie betreffe nur das Verhältnis des Bürgers zur Staatsgewalt, nicht aber die Beziehungen der Privatpersonen unter sich[133].

Diese Grundannahme hat das Gericht jedoch nicht gehindert, in stetiger Verfeinerung seiner Praxis die Wirkungen der Grundrechte auf privatrechtliche Verhältnisse anzuerkennen. Bereits im Entscheid 4, 612 ff. fand es keinen zwingenden Grund mehr, in der Eigentumsgarantie nicht auch „die Verpflichtung des Staates zu finden, dem Eigenthum gegen Verletzungen durch Private Schutz zu gewähren" (S. 615 E. 1 a. E.). Dieser Pflicht genügt der Staat, indem er den streitenden Parteien unabhängige Gerichte zur Verfügung stellt, welche nach objektivem (Privat- oder Straf-)Recht zu urteilen haben[134].

Darüber hinaus hat das Bundesgericht jedoch auch einzelne Verfassungsgrundsätze auf privatrechtliche Verhältnisse übertragen. Insbesondere hat es den Grundsatz des rechtlichen Gehörs auf Entscheidungen substaatlicher Verbände über den Ausschluß von Mitgliedern angewandt.

So hat es das Recht des Genossenschafters, sich gegen den Ausschluß zu verteidigen, als „Grundrecht" bezeichnet, dessen Mißachtung die Aufhebung des Entscheides wegen formeller Willkür zur Folge habe[135]. In späteren Entscheiden paßt das Gericht den verfassungsrechtlichen Grundsatz an die privatrechtlichen Verhältnisse an: Dem Anspruch auf rechtliches Gehör kommt im Genossenschaftsrecht keine absolute Wirkung zu; ein Ausschluß ist auch ohne vorgängige Anhörung des Betroffenen gültig, wenn seine Voraussetzungen unbestreitbar erfüllt sind[136].

Auch im Vereinsrecht anerkennt das Bundesgericht, daß dem Mitglied, das ausgeschlossen werden soll, aufgrund ungeschriebenen Rechts

---

[132] Vgl. Evangelisches Staatslexikon, hrsg. v. *H. Kunst* und *S. Grundmann*, Stuttgart 1966, S. 730 f.; *K. Hesse*, Grundzüge, S. 138 ff.

[133] BGE 78 II 21 ff., 30 f.

[134] BGE 4, 612 ff., 615 E. 2; 34 I 199 ff., 205 E. 2.

[135] BGE 40 II 374 ff., 379 f. (Den französischen Ausdruck „droit primordial" übersetzt das Bundesgericht im Entscheid 85 II 525 ff., 543 selber mit „Grundrecht").

[136] BGE 44 I 77 ff., 83.

ein Anspruch auf rechtliches Gehör zustehe[137]. Doch ist dieser Anspruch in genügender Weise gewahrt, wenn das betreffende Vereinsmitglied „seine Einwendungen in irgendeiner Form vorbringen kann, bevor der Ausschluß endgültig angeordnet wird"[138].

Ein weiteres Rechtsgebiet, das sich von der Struktur der Machtverhältnisse her für eine Übertragung verfassungsrechtlicher Grundsätze eignet, betrifft den Boykott einzelner Unternehmer durch Kartelle und marktmächtige Organisationen. Im Fall Giesbrecht c. Vertglas[139] anerkennt das Bundesgericht ein „privates Recht auf Handels- und Gewerbefreiheit" und macht deutlich, wie es die Auswirkungen der Verfassungsgarantie auf das Privatrecht versteht. Die Handels- und Gewerbefreiheit bietet zwar „unmittelbar nur Schutz gegen Eingriffe des Staates". „Sie verrät aber dennoch, daß die schweizerische Wirtschaft auf freiem Wettbewerb beruhen soll." Der Boykott verletzt diesen Wettbewerb, an dem jedermann kraft seines Persönlichkeitsrechts teilnehmen kann. Der Boykottierte wird daher in seinem „privaten Recht auf Handels- und Gewerbefreiheit" beeinträchtigt.

Das Bundesgericht überträgt auf diese Weise eine verfassungsrechtliche Grundwertung, die im (institutionellen) Gehalt eines Grundrechts ausgesprochen wird, auf die privatrechtlichen Verhältnisse. Dadurch wird das verfassungsmäßige Recht zwar nicht unmittelbar anwendbar, verleiht jedoch dem Persönlichkeitsrecht von Art. 28 ZGB einen wirtschaftlichen Inhalt, auf den sich der einzelne gegenüber andern berufen kann[140].

In besonders differenzierter Weise hat das Bundesgericht schließlich die politischen Rechte der Bürger gegen Verletzungen im horizontalen Verhältnis geschützt. Danach verletzt eine unzulässige Beeinflussung der demokratischen Willensbildung durch die Presse die politischen Rechte der Bürger nicht unmittelbar, obwohl falsche und irreführende Angaben im Abstimmungskampf verwerflich sind. Gelingt es einem Presseorgan, auf diese Weise eine Abstimmung entscheidend zu beeinflussen, so ist es die Behörde, die das Abstimmungsergebnis dennoch

[137] BGE 90 II 346 ff., 347 E. 2.

[138] BGE 85 II 525 ff., 543.

[139] BGE 86 II 365 ff., 376.

[140] Bereits im Entscheid 52 II 370 ff., 382 f. sah das Gericht im privatrechtlichen Persönlichkeitsrecht auch das Recht auf Achtung und Geltung der wirtschaftlichen Persönlichkeit eingeschlossen; es erblickte darin nichts anderes als einen „Ausfluß des Grundrechtes der persönlichen Freiheit überhaupt". Vgl. im übrigen *P. Saladin*, Grundrechte im Wandel, S. 265. *H. Merz* sieht in Art. 31 BV eine Auslegungshilfe für die Konkretisierung des privatrechtlichen Persönlichkeitsgutes der Wettbewerbsfreiheit. Der Schutz der Wettbewerbsfreiheit der Konkurrenten ist verfassungsrechtlich gefordert (Kartellrecht — Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit? in WuR Bd. 18 (1966), S. 1 ff., 7 f.).

erwahrt (und nicht die Presse), welche die politischen Rechte der Bürger verletzt[141].

In diesem letzten Fall ist ein bestechender Versuch zur Lösung des Drittwirkungsproblems angelegt:

Die Grundrechte binden zwar nicht unmittelbar den einzelnen Bürger in seinem Verhalten dem Mitmenschen gegenüber, wohl aber sämtliche Behörden und Gerichte in ihrer Amtstätigkeit. Demnach ist der Richter bei der Streitentscheidung zwischen Privaten nicht nur im Verfahren, sondern auch materiell an die Grundsätze der Verfassung gebunden und wird einerseits Ansprüche nicht gutheißen, deren Durchsetzung verfassungsrechtlichen Grundwertungen widersprechen würde, anderseits aber Begehren zusprechen, welche auf Beseitigung von Zuständen gerichtet sind, welche in diesem Sinne verfassungswidrig erscheinen[142].

Auf diesem Wege wird sodann auch der einzelne Bürger im privaten Rechtsverhältnis an die Verfassung gebunden, zwar nicht so, daß er jedermann gleich behandeln müßte oder jede Meinung gleich zu achten hätte, wohl aber so, daß er des andern Freiheit und grundsätzliche Gleichheit anerkennen und ihm seine persönliche Entfaltung in allen zwischenmenschlichen Beziehungen gestatten müßte[143].

Die materielle Bindung des Richters an die Verfassung wird nur selten bedeuten, daß zur Streitentscheidung eine ungeschriebene Norm wie jene des rechtlichen Gehörs im Vereinsrecht angenommen werden muß. In aller Regel wird eine Durchgangsnorm wie Art. 28 ZGB für den Persönlichkeitsschutz oder Art. 2 ZGB für den Rechtsmißbrauch als

---

[141] BGE 98 I a 73 ff., 80. Bereits im Entscheid 52 II 370 ff., 384 vertrat das Gericht die Ansicht, der Richter dürfe die Zwangsgewalt des Staates nur für grundrechtskonforme Ansprüche zur Verfügung stellen: Danach kommt Art. 31 BV „auf dem Boden des Privatrechts insofern Bedeutung zu, als, wenn es den Behörden nicht gestattet ist, in das freie Spiel der wirtschaftlichen Kräfte einzugreifen, auch der Richter auf außervertraglichem Gebiete einer Interessengemeinschaft die Zwangsgewalt des Staates zur Beschränkung der freien Konkurrenz nicht zur Verfügung stellen darf".

[142] Das Urteil des Zivilrichters kann freilich nur dann der Verfügung einer Verwaltungsbehörde gleichgestellt werden, wenn grundsätzlich anerkannt wird, daß der Wirkungsbereich eines Grundrechts nicht auf das formelle und materielle öffentliche Recht beschränkt ist, sondern nur durch den normativen Gehalt selber bestimmt wird: Schützt dieser ein Rechtsgut, welches auch im Privatrecht Bedeutung hat, so gilt das Grundrecht auch dort als Auslegungsgrundsatz.

[143] Dieser Umweg über die Grundrechtsbindung des Zivilrichters wird jedoch unnötig, sobald der Grundsatzgehalt der Grundrechte anerkannt wird, der auch von Privaten nicht verletzt werden darf. Vgl. *J. P. Müller,* Die Grundrechte der Verfassung, S. 183. Entsprechend verlangte anfänglich die Expertenkommission für die Vorbereitung der Totalrevision der Bundesverfassung, daß Eidgenossenschaft *und Schweizervolk* die Menschenwürde achten und schützen (Arbeitspapiere I, 1974, S. 6 und 111).

gesetzliche Grundlage genügen, um die verfassungsrechtliche Wertung zur Geltung zu bringen.

So besehen fällt das Problem der Drittwirkung der Grundrechte zusammen mit jenem der verfassungskonformen Auslegung der Gesetze, jedenfalls soweit diese andere als Verwaltungsgesetze betrifft[144].

224.2 Zur verfassungskonformen Gesetzesauslegung

Das Postulat der verfassungskonformen Gesetzesauslegung besagt, daß ein Gesetz im Rahmen seines Wortlautes nach Möglichkeit so auszulegen und anzuwenden ist, daß es den vorgeordneten Verfassungsnormen entspricht.

So hat der Richter beispielsweise bei der Prüfung der Frage, ob eine Presseäußerung widerrechtlich in die persönlichen Verhältnisse des Betroffenen eingreift, „den besondern Verhältnissen der Presse Rechnung zu tragen"[145]; obwohl die Frage an sich einzig auf Grund des Art. 28 ZGB in Verbindung mit Art. 41 und 49 OR zu entscheiden ist, beruft sich das Bundesgericht bei der Prüfung der Voraussetzungen, unter welchen die Presse zu dem Eingriff befugt ist, auf die Grundsätze, die in Auslegung des Art. 55 BV entwickelt worden sind[146]:

Im ersten Entscheid unterstellte das Gericht lediglich die Annahme, „die Bestimmungen des ZGB und OR über den Schutz der Persönlichkeit seien im Geiste der Verfassung auszulegen und die Grundgedanken der Verfassungsvorschriften über die Freiheitsrechte seien demgemäß bei der Bestimmung des Inhalts und der Grenzen der — vom Gesetz nicht in allen Einzelheiten umschriebenen — Persönlichkeitsrechte zu berücksichtigen, damit die Einheit der Rechtsordnung gewahrt bleibe"[147]. Das Gericht entschied nicht, ob die Annahme zutreffe, weil der Einwand des Beklagten ohnehin nicht tauglich war.

Auch der zweite Entscheid befaßte sich mit der Frage, ob die Pressefreiheit „als Hilfsmittel zur Bestimmung des Inhalts und der Grenzen der Persönlichkeitsrechte" heranzuziehen sei[148]. Das Bundesgericht be-

---

[144] Vgl. *J. P. Müller*, Die Grundrechte der Verfassung, S. 179.

[145] BGE 91 II 401 ff., 406.

[146] BGE 95 II 481 ff., 493. Die strafrechtlichen Entscheide des Bundesgerichts, die auf diese Abwägung für Art. 173 StGB verzichten, sind von *P. Saladin* (Grundrechte im Wandel, S. 61 f.) kritisiert worden. Die unbestimmten Gesetzesbegriffe in Art. 173 StGB lassen sich nur von der öffentlichen Aufgabe der Presse her konkretisieren: dies aber muß „im Lichte aller hierauf ausstrahlenden verfassungsmäßigen Leitgrundsätze erfolgen: nämlich in erster Linie der Menschenwürde (oder der ‚persönlichen Freiheit' im weitesten Sinn) und der Pressefreiheit" (S. 62).

[147] BGE 91 II 401 ff., 408.

[148] BGE 95 II 481 ff., 493.

zog sich auf den ersten Entscheid und hob hervor, daß dieser trotz der grundsätzlich unentschiedenen Frage den besonderen Verhältnissen der Presse (d. h. ihren Rechten und Interessen) Rechnung getragen habe. Ohne selber die Grundfrage zu entscheiden, bestätigte das Gericht sodann zugunsten der Presse, daß „der einzelne Rechtsgenosse gewisse durch das öffentliche Interesse hinreichend gerechtfertigte Eingriffe in seine persönlichen Verhältnisse zu dulden" habe[149].

Die Zivilkammern des Bundesgerichts haben sich somit noch nicht ausdrücklich zum Grundsatz der verfassungskonformen Interpretation bekannt[150], befolgen ihn jedoch in ihrer Praxis.

Die staats- und verwaltungsrechtlichen Kammern hingegen berufen sich ausdrücklich auf das Gebot der verfassungskonformen Gesetzesauslegung. Dies jedoch nicht zum Zwecke der Rechtsfindung im Einzelfall, sondern im Rahmen der vorgängigen Normenkontrolle. Für sie hat dieses Gebot vor allem Bedeutung für die Abgrenzung der Reichweite von Art. 113 Abs. 3 BV. Danach sind die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemein verbindlichen Beschlüsse für das Bundesgericht maßgebend. Erlasse des Bundes auf unterer Stufe sowie Verfügungen von Bundesbehörden sind jedoch grundsätzlich der Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts unterstellt[151]. Das Gebot der verfassungskonformen Auslegung der Bundesgesetze dient in diesem Zusammenhang dazu, die Grundwertungen der Verfassung gegenüber den Ausführungs- und Delegationsverordnungen des Bundesrates (die vor allem zu Verwaltungsgesetzen sehr zahlreich und materiell bedeutsam sind) soweit zur Geltung zu bringen, als es das dazwischengeschaltete Bundesgesetz gestattet.

Das Bundesgericht geht von der Vermutung aus, daß der Bundesgesetzgeber sich in seinen Erlassen nicht von der Verfassung entfernen will[152]. Deshalb ist bei der Auslegung der Bundesgesetze dort, wo eine Bestimmung verschiedener Deutungen fähig ist, im Zweifel jener der Vorzug zu geben, die der Verfassung entspricht[153]. Der Gehalt der

[149] Ebd., S. 494.

[150] Ein Grund dafür mag darin liegen, daß der Beizug der verfassungsrechtlichen Gesichtspunkte eher unter dem Titel „Drittwirkung der Grundrechte" gesehen worden ist (BGE 95 II 481 ff., 493), statt unter dem methodischen Vorgehen der Abwägung der Interessen anhand der anwendbaren Gesetzesbestimmungen und Rechtsgrundsätze, zu welchen auch die Verfassungsgrundsätze zu zählen sind, welche die objektiven Gehalte der Grundrechte wiedergeben.

[151] Verfügungen freilich nur im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, Erlasse zudem noch auf dem Wege der staatsrechtlichen Beschwerde gegen kantonale Entscheide, die aufgrund von bundesrechtlichen Erlassen ergehen.

[152] BGE 51 I 448 ff., 451 f.; 92 I 427 ff., 433.

[153] BGE 51 I 448 ff., 452; 96 I 184 ff., 187.

anwendbaren Verfassungsbestimmung ist daher als Material für die Auslegung des Gesetzes beizuziehen[154].

Da das Gericht nicht nachprüfen darf, ob ein Bundesgesetz verfassungsmäßig ist, sind auch die dazu erlassenen Verordnungsbestimmungen für den Richter maßgebend, „soweit sie sich in den Grenzen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Gesetzgebungskompetenz halten"[155]. Es ist daher jeweils vorab zu prüfen, ob diese Grenzen gewahrt sind, da „die gesetzliche Delegationsnorm den Bundesrat zum Erlaß einer Verordnung, die von einem Grundsatz der Bundesverfassung abweicht, ermächtigen" kann[156]. Andernfalls darf die Verordnung jedoch „nicht neue Vorschriften aufstellen, die die Rechte der Bürger beschränken oder ihnen neue Pflichten auferlegen, selbst wenn diese Regeln sich noch mit dem Zweck des Gesetzes vertragen"[157]. Überhaupt „kann das Gericht einschreiten, falls die Verfassungswidrigkeit der Verordnung nicht durch eine gesetzliche Ermächtigung gedeckt ist"[158].

Die verfassungskonforme Interpretation des Delegationsgesetzes hat das Bundesgericht beispielsweise dazu geführt, anzunehmen, daß die Delegation vorbehältlich entgegenstehender Anhaltspunkte den Bundesrat nicht ermächtige, in der Ausübung seines Ermessens vom Grundsatz der Rechtsgleichheit abzuweichen[159].

Der so verstandene Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung gilt nicht nur für Gesetzes-, sondern auch für Verordnungsbestimmungen des Bundesrechts[160] sowie für kantonale Erlasse.

Vor kurzem hat das Bundesgericht in der Normenkontrolle den Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung durch einen Gesichtspunkt ergänzt, der sich als Gebot der verfassungskonformen Gesetzgebung bezeichnen läßt. Im Jahre 1973 schützte das Gericht noch zwei Bestimmungen der Verordnung des Regierungsrates des Kantons Zürich über die Bezirksgefängnisse, welche den Entscheid über die Mitnahme persönlicher Habe in die Zelle in das Ermessen der Gefängnisverwaltung stellte; denn die Vorschriften gestatteten grundsätzlich eine verfassungskonforme Auslegung[161]. 1976 hingegen hob das Gericht zwei Bestimmungen der entsprechenden Verordnung für die Polizeigefängnisse — welche mit der ersten Regelung fast wörtlich überein-

---

[154] BGE 51 I 448 ff., 451.
[155] BGE 88 I 276 ff., 280.
[156] BGE 92 I 427 ff., 433.
[157] BGE 99 I b 159 ff., 165.
[158] BGE 92 I 427 ff., 433.
[159] BGE 88 I 276 ff., 281; 92 I 427 ff., 434.
[160] BGE 99 I b 185 ff., 189.
[161] BGE 99 I a 262 ff., 272 ff.

stimmen — auf: Nun verlangte es eine „sachgerechte gesetzgeberische Lösung . . ., welche selber die mögliche und gebotene Gewähr für eine verfassungsmäßige Rechtsanwendung bietet“[162]. Dies ist nicht der Fall, wenn die Mitnahme von Gegenständen, deren Besitz kaum je verwehrt werden kann, einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt unterstellt wird[163].

Danach ist ein Gesetz nicht bereits dann verfassungskonform, wenn es überhaupt verfassungskonform angewendet werden kann, sondern erst dann, wenn es selber Gewähr für seine verfassungsmäßige Anwendung bietet. Die Gesetzgebung hat die Verfassung in ihrem Geist und nach ihren Grundsätzen zu konkretisieren.

224.3 Die Grundrechte als Prinzipien der Rechtsfindung

In der Praxis des Bundesgerichts beschränkt sich die Wirkung der Grundrechte nicht auf ihre augenfällige Hauptfunktion, den Bürger als unmittelbar anwendbare Norm vor Eingriffen staatlicher Gewalt zu bewahren. Die Grundrechte wirken auch dort noch weiter, wo ihr Normgehalt durch ein Gesetz oder eine Verordnung ausgestaltet worden ist und wo sich Bürger und Behörden nicht unmittelbar auf die Verfassung, sondern auf nachgeordnete Erlasse stützen.

Diesen Erlassen unterer Stufe gegenüber behandelt das Bundesgericht die Grundrechte als materielle Grundsätze, die bei der Rechtsgüter- und Interessenabwägung beizuziehen sind.

In der Privatrechtsprechung geschieht dies, ohne daß das Gericht dafür eine besondere methodische Figur geschaffen hätte. Die Grundwerte der Verfassung fließen mehr oder weniger bewußt als Gesichtspunkte in den Prozeß der Rechtsfindung ein. Das Verhältnis der anwendbaren Bestimmungen des Privat- oder Strafrechts zur Verfassung findet kaum Eingang in die Erwägungen. Dies hat seinen Grund einmal darin, daß beide Rechtsgebiete fast ausschließlich bundesrechtlich und auf Gesetzesstufe geregelt sind, so daß dem Gericht die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit privat- oder strafrechtlicher Normen in der Regel verwehrt ist. Sodann werden diese Rechtsgebiete von Grundsätzen beherrscht, die sich selbständig und — zumindest scheinbar — verfassungsunabhängig entwickelt haben. Deshalb erübrigt es sich meist, die Grundwerte der Verfassung anzurufen.

Anders im öffentlichen Recht, das zum größten Teil von den Kantonen oder vom Bundesrat erlassen und daher der Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts unterstellt ist. Die Grundsätze des Verwal-

---

[162] BGE 102 I a 279 ff., 287.

[163] Entscheidend ist dabei wohl, daß die Voraussetzungen, unter welchen die Bewilligung erteilt werden muß, nicht bestimmt sind.

tungsrechts sind unmittelbar aus der Verfassung abgeleitet worden und enthalten offensichtlich deren Grundwertungen. Der materielle Gehalt der Grundrechte findet hier selbstverständlich ausdrückliche Geltung in der richterlichen Entscheidfindung. Das Verhältnis von Bürger und Staat, von welchem das öffentliche Recht mehr oder weniger unmittelbar handelt, ist angestammter Gegenstand der Grundrechte. Hier drängt es sich auf, von den nachgeordneten Erlassen zu verlangen, daß sie den Normen der Verfassung entsprechen. Diese Forderung wird nur soweit in Frage gestellt, als die Verfassung das oberste Gericht an Erlasse der Gesetzesstufe bindet. Nur dort wirken die Grundrechte lediglich als Auslegungsgrundsatz im Rahmen des Gesetzeswortlauts. Gegenüber dieser Gesetzesbindung beruft sich daher das Gericht auf den Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung, um den Grundrechten ihre Geltung soweit möglich zu erhalten.

224.4 Zusammenfassung

Die Grundrechte regeln unmittelbar das Verhältnis von Bürger und Staat und verpflichten alle Behörden, soweit keine nachgeordneten Normen anwendbar sind. Solchen Normen gegenüber wirken die Grundrechte als Auslegungsgrundsätze. Gegenüber Erlassen der Kantone und des Bundesrates bilden sie zudem eine Gültigkeitsschranke.

Im Verhältnis der Bürger untereinander kommt den Grundrechten keine unmittelbare Geltung zu. Sie wirken jedoch mittelbar als Auslegungsgrundsätze bei der Anwendung privatrechtlicher Normen.

Das Bundesgericht beschränkt somit die Wirkung der Grundrechte im horizontalen Verhältnis der Bürger unter sich auf jene Wirkung, die es ihnen im vertikalen Verhältnis von Bürger und Staat gegenüber den Bundesgesetzen zuspricht. Da das Privatrecht zum größten Teil vom Bundesgesetzgeber erlassen ist, müßte diese Beschränkung für die große Mehrzahl der privatrechtlichen Verhältnisse auch gelten, wenn die Wirkung der Grundrechte im Privatrecht ebenso anerkannt würde wie im öffentlichen Recht.

Von der praktischen Konsequenz her wird somit die theoretische Unterscheidung von horizontalem und vertikalem Verhältnis in bezug auf die Grundrechtsgeltung fragwürdig. Gerade in der Schweiz könnte das oberste Gericht den Grundrechten ohne besondere Schwierigkeiten umfassende Geltung als materielle Grundsätze der gesamten Rechtsordnung zuerkennen. Die Frage der Bindung des Bürgers an diese Grundsätze kann bejaht werden, ohne daß die Privatautonomie verletzt würde: Diese erschiene selber als Ausdruck der persönlichen Freiheit und würde nur dort in Konkurrenz mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen treten, wo deren Normbereich auf privatrechtliche Ver-

hältnisse übergreift. Die Frage, welche Wirkung ein Grundrecht im Privatrecht entfalten kann, hängt mit andern Worten davon ab, welchen Gehalt die Verfassungsrechtsprechung ihm zuerkennt. Da die Grundrechte aber alle in erster Linie auf das Verhältnis von Bürger und Staat zugeschnitten sind, wird sich ohnehin nur ihr ‚Kerngehalt' für die unmittelbare Anwendung im horizontalen Verhältnis eignen[164]. Meist wird es nur darum gehen, daß Gesetze und Verträge im Rahmen des richterlichen Ermessens verfassungskonform ausgelegt werden.

Die Anerkennung der Grundrechte im Privatrecht im dargelegten Sinne folgt bereits aus der Bindung sämtlicher Behörden an die Grundrechte der Verfassung. Sobald der Zivilrichter sich darüber Rechenschaft gibt, daß die Privatrechtsordnung ebenso der Verfassung untersteht, wie das öffentliche Recht, wird er in seiner Rechtsfindung nicht umhin kommen, die Grundsätze der Verfassung dort, wo sie in Frage kommen, in der Rechtsgüter- und Interessenabwägung zu berücksichtigen[165].

225 Die Grenzen der Prüfungsbefugnisse des Bundesgerichts

Wie sich bereits mehrfach gezeigt hat, hängt der Grundrechtsschutz, den die Verfassung dem Bürger gewährt, nicht nur vom Gehalt des fraglichen Grundrechts und vom Grundrechtsverständnis als solchem ab, sondern zu einem erheblichen Teil auch von den Überprüfungs- und Entscheidungskompetenzen, die sich das Verfassungsgericht zuspricht. Die Wechselwirkungen zwischen Grundrechtsgehalt und Kognition sind so bedeutsam, daß das eine nicht ohne das andere verstanden werden kann.

Die Grundrechte bilden zwar Grenzen staatlicher Macht[166], doch können sie das wiederum nur dank dem Einsatz staatlicher Macht — der richterlichen Gewalt[167]. Diese Macht ist selber wiederum begrenzt: durch den beschränkten Ordnungsauftrag des Staates und seiner Rechtsordnung im gesellschaftlichen Leben überhaupt, aber auch durch die Aufteilung der staatlichen Macht unter mehrere „Gewalten", die je unterschiedliche Teilfunktionen des Staates zu übernehmen haben.

Die Grundrechtsverwirklichung ist jedoch nicht nur einer Gewalt übertragen, sondern sämtlichen Behörden in ihrem jeweiligen Aufga-

---

[164] In diesem Sinn muß wohl auch die Anerkennung eines beschränkten Anspruchs auf rechtliches Gehör im Genossenschafts- und Vereinsrecht verstanden werden, vgl. vorne 224.1.

[165] Dasselbe muß auch für das Strafrecht und den Strafrichter gelten.

[166] So versteht sie zumindest das Bundesgericht im Entscheid 98 I a 362 ff., 367 E. 5 a.

[167] Grundrechtsverwirklichung ist in erster Linie, aber nicht ausschließlich Sache des Richters: Der Gesetzgeber ist ebenso zur Grundrechtskonkretisierung aufgerufen.

benkreis anvertraut. Diese Mehrstufigkeit und Vielgliedrigkeit der Grundrechtsgestaltung ruft einerseits nach einer obersten, einheitlichen Verfassungsgerichtsbarkeit, zwingt aber diese zugleich zur Zurückhaltung gegenüber den anderen zuständigen Instanzen.

Diese Rücksichtnahme findet sich in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung überall dort, wo das Gericht nicht ohne Not von der Verfassungspraxis der obersten kantonalen Behörden abweicht[168], oder dort, wo es der zuständigen Verwaltungsbehörde bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe einen Beurteilungsspielraum gewährt[169]. Die gesamte Praxis des Bundesgerichts zur Beschränkung der eigenen Kognition kann unter diesem Gesichtspunkt betrachtet werden.

In erster Linie wird der Grundrechtsschutz, den das Bundesgericht dem Bürger gewährt, jedoch durch Verfassung und Gesetz eingeengt.

225.1 Das Fehlen der Verfassungsgerichtsbarkeit im Bunde

Nach Artikel 113 Absatz 3 BV sind die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemeinverbindlichen Beschlüsse, sowie die von ihr genehmigten Staatsverträge für die Verfassungsrechtsprechung des Bundesgerichts verbindlich. In gleicher Weise bindet Artikel 114 bis Absatz 3 BV das Gericht in seiner Verwaltungsrechtsprechung. Auf Bundesebene gibt es somit keinen richterlichen Grundrechtsschutz gegenüber dem Gesetzgeber, und gegenüber Regierung und Verwaltung ist er auf die dargelegte Praxis zur verfassungskonformen Gesetzesinterpretation beschränkt, soweit Grundrechte nicht unmittelbar d. h. ohne gesetzliche Konkretisierung anwendbar sind[170]. Hauptsächlichstes Entfaltungsgebiet der Grundrechtsprechung ist daher das kantonale Recht und seine Anwendung, die mittels staatsrechtlicher Beschwerde dem Bundesgericht zur Überprüfung vorgelegt werden können.

225.2 Verfahrensrechtliche Schranken: Die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde[171]

Nach Artikel 83 ff. OG hat die staatsrechtliche Beschwerde wohl gewissen Verfahrensvorschriften zu genügen, doch ist das Gericht in der

---

[168] Diese „Ohne-Not-Praxis" gilt allerdings seit BGE 90 I 233 ff., 239 E. 3 nur für kantonale Verfassungsbestimmungen organisatorischer und programmatischer Natur. Die Kognitionsbeschränkung gilt damit vor allem gegenüber den politischen Rechten der Bürger (vgl. BGE 94 I 29 ff., 33; 95 I 525 ff., 531; 97 I 24 ff., 32; 99 I a 294 ff., 297).

[169] BGE 96 I 369 ff., 373 f. E. 4; 100 I a 334 ff., 340.

[170] Vgl. vorne Ziffer 224.2.

[171] Auf eine Darstellung der Verfahrensvoraussetzungen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die in zunehmendem Maße neben der staatsrechtlichen Beschwerde geeignet ist, den Grundrechtsschutz zu übernehmen, wird hier

Grundrechtsverwirklichung in keiner Weise eingeengt. Alle Beweis- und Rechtsfragen sind ihm zur freien Prüfung anheimgestellt[172].

Die wichtigste Einschränkung des Grundrechtsschutzes durch das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde ist die Umschreibung der Legitimation des Beschwerdeführers: Während im (neueren) Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde jedermann zur Beschwerdeführung zugelassen wird, der durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat[173], steht die staatsrechtliche Beschwerde den Rechtsuchenden nur zu, wenn sie durch allgemein verbindliche oder sie persönlich treffende Erlasse oder Verfügungen eine Rechtsverletzung erlitten haben. Auch wenn man davon absieht, daß danach nur zugelassen werden dürfte, wer recht hat, verleitet diese Umschreibung doch zu einer engen Abgrenzung des Kreises der Beschwerdeberechtigten[174].

Nach der Rechtsprechung ist denn auch nur legitimiert, „wer mit hinreichenden Gründen die Verletzung eines eigenen, rechtlich erheblichen, in der Regel aktuellen Interesses auf einem Gebiete behauptet, das die von ihm angerufene Verfassungsbestimmung beschlägt"[175]. Das Interesse am Ausgang des Beschwerdeverfahrens darf nicht bloß faktisch sein[176], sondern muß ein rechtlich geschütztes Interesse sein, d. h. eines, welches die angerufene Verfassungsnorm zu schützen bestimmt ist. „Der Beschwerdeführer muß durch den angefochtenen Hoheitsakt in seiner Rechtsstellung berührt sein" und behaupten, in diesem Berührtsein liege eine Benachteiligung[177].

Für die Zulassung zur staatsrechtlichen Beschwerde ist somit ausschlaggebend, daß der Rechtsuchende sich auf eine anerkannte Rechtsstellung berufen kann, die das Interesse schützt, das er verfolgt. Es genügt nicht, daß sein Interesse nach den Grundsätzen unserer Rechtsordnung schützenswert erscheint, wenn es nicht mit einer bestehenden Rechtsnorm in Deckung gebracht werden kann. — Dieser Ausschluß

---

verzichtet, weil sie in dieser Beziehung weniger Hindernisse schaffen. Vgl. dazu *A. Macheret*, La qualité pour recourir, S. 143 ff., 157 ff.

[172] Zu den Kognitionsbeschränkungen der Praxis siehe sogleich.

[173] OG Art. 103 lit. a.

[174] Dies obwohl gerade diese mißglückte Legitimationsumschreibung gestatten würde, die materielle Prüfung der Beschwerdebegehren in jedem Falle soweit voranzutreiben, bis ihre Unbegründetheit feststeht. Als „legitimiert" hätte dann jeder zu gelten, dessen Rechtsbehauptung nicht aussichtslos erscheint.

[175] BGE 95 I 103 ff., 106 E. 1.

[176] BGE 90 I 184 ff., 185. Ebenso wird die Beschwerde nicht zur Wahrung allgemeiner öffentlicher Interessen zugelassen, vgl. auch BGE 91 I 409 ff., 413. Damit soll die Popularbeschwerde ausgeschlossen werden.

[177] BGE 91 I 409 ff., 413 f.

aller Beschwerdeführer, die sich nicht auf angestammte Rechtspositionen stützen können, erschwert natürlich die höchstrichterliche Rechtsfortbildung[178].

Nach den dargestellten Grundsätzen hat das Bundesgericht beispielsweise dem Geschädigten im Strafprozeß die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde gegen die Einstellung der Strafuntersuchung verweigert, weil der Privatkläger im Strafprozeß bloß das „tatsächliche Interesse" an der Erleichterung der Verfolgung seiner zivilrechtlichen Ansprüche und an der gerechten Bestrafung des Täters geltend machen könne[179]. Ebenso hat das Gericht die Legitimation eines Beschwerdeführers verneint, der sich erfolglos um ein öffentliches Amt beworben hatte und als rechtlich geschütztes Interesse einen Anspruch darauf geltend machte, „daß das Wahlverfahren nach den gesetzlichen Vorschriften erfolge"[180]. Nach Ansicht des Gerichtes sind die Zuständigkeitsvorschriften, die im Beschwerdefall nicht gewahrt wurden, „nicht zum Schutze der Bewerber aufgestellt", sondern liegen „allein im öffentlichen Interesse"[181]. Da der Kandidat keinen Anspruch auf die Wahl hat, wird er zur Beschwerdeführung nicht zugelassen.

225.3 Das Beispiel der Legitimation des Ausländers

Besondere Bedeutung kommt dieser Praxis für die Ausländer in der Schweiz zu, die sich wegen willkürlicher Verweigerung von Aufenthaltsbewilligungen beim Bundesgericht beschweren wollen. Da die Behörde nach Art. 4 ANAG im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Verträge mit dem Ausland nach freiem Ermessen entscheidet,

---

[178] Im Anschluß an *F. Gygi* (Eidgenössische und kantonale Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZbJV 112 (1976), S. 281 ff., 288) ist zu fordern, daß zur Anfechtung von Verwaltungsverfügungen (und von Entscheiden, die der staatsrechtlichen Beschwerde unterliegen) befugt sein sollte, „wer durch die angefochtene Verfügung so betroffen ist, daß er ein eigenes, schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Abänderung derselben hat". De lege ferenda ist „einzig und allein ein prozessuales Rechtsschutzinteresse an der Anfechtung der Verfügung" zu verlangen, „das den Beschwerdeführer nicht mehr als Popularkläger, sondern als durch die beanstandeten Auswirkungen der angefochtenen Verfügung unmittelbar und intensiv betroffenen Beteiligten erscheinen läßt" (ebd., S. 289).

A. Macheret (La qualité pour recourir, S. 205) stellt in diesem Zusammenhang die Existenzberechtigung der staatsrechtlichen Beschwerde in Frage, die mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vereinigt werden könnte. Gelegenheit dazu wäre in der hängigen Revision des Bundesgesetzes über die Bundesrechtspflege gegeben.

[179] BGE 96 I 598 ff., 600. Hier ging es allerdings auch noch darum, zu verhindern, daß die staatsrechtliche Beschwerde an die Stelle der Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof tritt, die dem Privatkläger im Strafpunkt nicht zusteht.

[180] BGE 98 I a 653 ff., 654.

[181] Ebd.

hat der Ausländer in der Regel keinen Anspruch auf Erteilung der Bewilligung. „Sein Interesse an der Bewilligung ist daher kein rechtliches, sondern ein bloß tatsächliches, und ein negativer Entscheid der Behörde trifft ihn nicht in einem ihm zustehenden Recht[182]." Daher kann sich der Ausländer gegen materiell willkürliche Entscheide der Behörden nicht beschweren[183]. Er ist nur befugt, formelle Rechtsverweigerung geltend zu machen[184].

Anders verhält es sich nur dann, wenn dem Ausländer eine erteilte Bewilligung entzogen werden soll. Für die Gültigkeitsdauer der Bewilligung hat der Ausländer Anspruch auf Wahrung der Befugnisse, die ihm erteilt worden sind. Ihm ist jene Rechtsstellung eingeräumt worden, die notwendig ist, um sein Beschwerdeinteresse im Sinne der Bundesgerichtspraxis zum rechtlich erheblichen Interesse zu machen[185].

Das Bundesgericht rechtfertigt seine restriktive Praxis zur Legitimation des Ausländers zur staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung von Art. 4 BV mit dem Unterschied in der Natur der formellen und der materiellen Willkür: Das Verbot formeller Rechtsverweigerung und besonders der Anspruch auf rechtliches Gehör ist selbständiger Natur und steht dem am Verfahren Beteiligten zu, ohne Rücksicht darauf, ob er in der Sache selbst berechtigt ist. „Das Willkürverbot ist jedoch im Gegensatz zum Gehörsanspruch materieller Natur und nicht selbständig. Der Anspruch auf dessen Beachtung ist mit der Berechtigung in der Sache selbst verbunden und stellt kein rechtliches Interesse für sich dar. Es kann deshalb nur von demjenigen geltend gemacht werden, den ein Entscheid der Sache nach in seiner Rechtsstellung trifft[186]."

---

[182] BGE 98 I a 649 ff., 651 E. 2.

[183] „Man greift sich an den Kopf." Vgl. die Kritik von *H. Huber* in ZbJV 102 (1966) S. 415 f., 416.

[184] BGE 91 I 46 ff., 49.

[185] BGE 93 I 1 ff., 5. Gegen den Widerruf einer fremdenpolizeilichen Bewilligung ist heute freilich nicht mehr die staatsrechtliche, sondern die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zu ergreifen (OG Art. 98 lit. g, 100 lit. b Ziffer 3 und 101 lit. d).

[186] BGE 98 I a 649 ff., 652. „Würde aus Art. 4 BV ein selbständiger Anspruch auf willkürfreie Rechtsanwendung abgeleitet", so führte man nach Ansicht des Gerichts „auf diesem Umwege eine Beschwerdelegitimation ein, die Art. 88 ausschließt" (ebd.). Man kann sich immerhin fragen, ob die verfassungskonforme Interpretation von Art. 88 OG nicht zu einer Bejahung dieser Legitimation führen müßte. Jedenfalls vermag die Antwort des Gerichts die Einwände seines Gerichtsschreibers *H. P. Moser* (Die Rechtsstellung des Ausländers in der Schweiz, S. 471 f.) nicht zu entkräften. Moser behauptet, „daß der Ausländer doch jedenfalls einen Anspruch darauf hat, daß die zuständige Behörde über sein Gesuch nach dem Gesetz und in pflichtgemäßer Handhabung des ihr eingeräumten Ermessens entscheide. Hält die Behörde sich nicht daran, so wird der Ausländer dadurch in seinem Anspruch auf gesetzmäßige und ermessensfehlerfreie Entscheidung verletzt. Hierin

225.4 Formelle und materielle Willkür

Offensichtlich beeinflussen sich in dieser Argumentation Verfahrensfragen und materielle Grundrechtsfragen gegenseitig: Soweit Artikel 4 BV das Verbot der formellen Rechtsverweigerung enthält, also nur Verfahrensfragen beschlägt, gilt es als selbständiges verfassungsmäßiges Recht, dessen Anrufung die Legitimation eines jeden zu begründen vermag, der am kantonalen Verfahren beteiligt war; insofern aber Artikel 4 BV das materielle Willkürverbot entnommen wird, das ein Mindestmaß von gerechter Behandlung des Privaten durch die Behörden fordert, wird ihm die selbständige Natur abgesprochen, weil dieses Mindestmaß nur je bezogen auf konkrete Rechte bestimmt werden kann und für sich allein keine abgrenzbare Rechtsstellung bildet, wie sie Artikel 88 OG nach Ansicht des Bundesgerichts fordert.

Die Unterscheidung entspricht auch dem Verhältnis, welches das Bundesgericht bisher zwischen Artikel 4 BV und dem Grundsatz der Menschenwürde erstellt hat: Das Verbot formeller Rechtsverweigerung ist Ausfluß der Menschenwürde, die verletzt ist, wenn der Betroffene sich nicht am Verfahren beteiligen kann. Das Verbot materieller Willkür aber hat bisher neben dem Grundrecht der persönlichen Freiheit keine selbständige Bedeutung zur Verwirklichung der Menschenwürde erlangt[187].

Es ist daher zu vermuten, daß der eigentliche Grund für die dogmatische Unterscheidung zwischen formeller und materieller Willkür darin liegt, daß das Bundesgericht die Mindestgarantien des rechtsstaatlichen Verfahrens auf das Gebot der Achtung der Menschenwürde gründen läßt und ihnen daher absolute Geltung zusprechen kann, während es in materieller Willkür keine Verletzung der Menschenwürde erblickt, sondern bloß eine elementare Mißachtung des Gerechtigkeitsgedankens, dem kein abgrenzbarer Normbereich zugeordnet werden kann, der vielmehr nur auf dem Weg über die einzelnen Grundrechte (bzw. über sämtliche Normen der Rechtsordnung) konkretisiert werden kann. Willkürlich ist ein Entscheid immer nur im Verhältnis zum richtigen Urteil, d. h. zu jenem Ergebnis, welches der konkreten rechtlichen Ordnung des Falles entspricht. Zur Beurteilung der Frage, ob ein Entscheid willkürlich sei, ist daher stets von der anwendbaren

---

liegt eine Beeinträchtigung rechtlich erheblicher Interessen, gegen die der einzelne sich mit der staatsrechtlichen Beschwerde zur Wehr setzen kann." Müßte nicht materielle Willkür zumindest in Entscheiden, die wie die fremdenpolizeilichen Bewilligungsentscheide besonders schwerwiegende Eingriffe in die persönliche Entfaltungsfreiheit darstellen, als Verletzung der Menschenwürde gelten und selbständig gerügt werden können? Vgl. dazu *A. Macheret*, La qualité pour recourir, S. 164 f. und hinten Ziffer 242.2.

[187] Vgl. dazu vorne Ziffer 216 in fine.

Rechtsregel auszugehen, auf die sich der Betroffene stützt und von der er behauptet, sie sei in besonders krasser Weise verletzt worden.

Insofern trifft es sicher zu, daß das Willkürverbot nicht selbständiger Natur ist, sondern immer bezogen auf Rechtsnormen, die der Beschwerdeführer anrufen muß[188]. Fraglich erscheint jedoch, ob diese Normen, wie es das Gericht verlangt, den Schutz des Privaten bezwecken müssen, oder ob nicht vielmehr unabhängig von jeder „Schutzrichtung" einer Norm deren krasse Verletzung den Betroffenen zur Willkürbeschwerde legitimieren sollte. Im Lichte der Menschenwürde ist jedenfalls zu prüfen, ob eine Anwendung objektiven Rechts, die derart unhaltbar ist, daß das Bundesgericht sie für willkürlich erklärt, nicht immer zugleich eine Verletzung der Achtung der Person des Betroffenen darstellt[189]. Willkür verletzt — wenn nicht der Sache nach, so doch in der Beliebigkeit — die Persönlichkeit des Bürgers[190].

In diesem Zusammenhang ist bedeutsam, daß das Bundesgericht neuerdings bereit ist, die Anforderungen an die legitimierende Rechtsstellung unter anderem dann zu lockern, wenn persönliche Verhältnisse besonders intensiv betroffen sind: Die unverheiratete Mutter hatte bisher keinen Anspruch auf die elterliche Gewalt über ihr Kind, weil die Vormundschaftsbehörde darüber nach freiem Ermessen zu entscheiden hatte[191]. Mangels der erforderlichen Rechtsstellung verneinte das Bundesgericht daher zuerst die Legitimation der Mutter zur staatsrechtlichen Beschwerde[192]. In einem neueren Entscheid hat es seine Praxis geändert, weil diese die „natürlichen Beziehungen zwischen Mutter und Kind" nicht genügend berücksichtige[193]. Das Gesetz trage der inneren Verbundenheit von Mutter und Kind Rechnung, indem es die Mutter zur Fürsorge für das Kind verpflichte. Das Bundesgericht

---

[188] Es braucht sich dabei freilich nicht um ein verfassungsmäßiges Recht des Bürgers zu handeln. Art. 4 BV wird durch die krasse Mißachtung aller Normen jeder Stufe verletzt. Vorausgesetzt wird bloß, daß diese Normen dem Beschwerdeführer eine Rechtsstellung im Sinne der Praxis des Bundesgerichts zu Art. 88 OG verschaffen.

[189] Was hilft es, wenn dem Betroffenen zwar das Recht zuerkannt wird, am Verfahren teilzunehmen, Anträge, Beweismittel und Stellungnahmen einzureichen, er sich aber nicht dagegen wehren kann, daß sich die Behörde in willkürlicher Weise über seine Vorbringen hinwegsetzt?

[190] Zur Frage, ob in diesem Sinne neben dem Kernbereich der persönlichen Entfaltung, der durch das Grundrecht der persönlichen Freiheit geschützt wird, noch ein unbegrenztes Entfaltungsfeld besteht, das durch Artikel 4 BV vor besonders krasser Mißachtung geschützt wird, vgl. hinten Ziffer 242.2.

[191] Art. 324 Abs. 3 und 325 Abs. 3 ZGB. Nach der Revision des Kindesrechts vom 25. Juni 1976 (Art. 298 ZGB) steht die elterliche Gewalt der Mutter zu, wenn die Eltern nicht verheiratet sind. Die neue Regelung ist auf den 1. Januar 1978 in Kraft getreten.

[192] BGE 87 I 211 ff., 213.

[193] BGE 97 I 262 ff., 266.

erblickt darin eine „durch Rechtsnormen mitbestimmte Stellung der außerehelichen Mutter", welche deren Zulassung zur staatsrechtlichen Beschwerde rechtfertige. Ergänzend fügt das Gericht bei, die Mutter handle dabei „in Ausübung ihres Persönlichkeitsrechts" und zugleich um des Kindes selbst willen[194].

Mit dem Verzicht auf das Erfordernis eines Rechtsanspruchs der Mutter gegenüber ihrem Kind öffnet das Bundesgericht die Möglichkeit eines umfassenden Schutzes der Persönlichkeit vor willkürlicher Beeinträchtigung, der auch dem Ausländer im Fremdenpolizeirecht zukommen sollte.

225.5 Die Kognition des Bundesgerichts

Die schwerwiegendste Einschränkung des bundesgerichtlichen Grundrechtsschutzes liegt nicht in gesetzlichen Schranken, sondern in der Kognitionsbeschränkung durch das Bundesgericht selber. Die freie, umfassende Überprüfung der Gesetzes- und Verfassungsmäßigkeit staatlicher Eingriffe in die Freiheit des Bürgers stellt die Ausnahme dar. Sie wird nur dort vorgenommen, wo sich nach Ansicht des Gerichts der Eingriff besonders einschneidend auswirkt. Im Normalfall legt es sich sowohl bei der Kontrolle der gesetzlichen Grundlage, als auch beim Erfordernis des öffentlichen Interesses und der Verhältnismäßigkeit Zurückhaltung auf. Gewissen Grundrechten wird eine so schwache Geltung zugesprochen, daß fraglich ist, ob für Eingriffe in ihrem Bereich je eine klare gesetzliche Grundlage notwendig sein kann[195]. Wird bei einem besonders schwerwiegenden Eingriff die Gesetzmäßigkeit frei überprüft, so wird hernach das öffentliche Interesse an der Freiheitsbeschränkung oft nur zurückhaltend untersucht, und bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme gewährt es in der Regel den zuständigen Behörden einen erheblichen Spielraum.

Das Gericht grenzt seine Überprüfungsbefugnisse selber wie folgt ab:

„Hat das Bundesgericht auf staatsrechtliche Beschwerde hin im Einzelfall über die Verfassungsmäßigkeit eines Eingriffs in ein Grundrecht zu entscheiden, so untersucht es im Rahmen der erhobenen Einwendungen[196] ...,

---

[194] Ebd., S. 267.

[195] So etwa die Sprachenfreiheit, vgl. BGE 91 I 480 ff., 488; das Bundesgericht spricht zwar nicht von der Schwäche des Grundrechtsschutzes, wertet dafür aber die möglichen Eingriffe als leicht, wenn es dahinstellt, „ob es im Bereiche der Sprachenfreiheit je zu derart schweren Eingriffen komme".

[196] Auch darin liegt eine Einschränkung der Kognition, wenn sich das Bundesgericht nicht an den Grundsatz iura novit curia gebunden fühlt. — Diese Schwächung des Rechtsschutzes des Bürgers ist durchaus nicht eine zwingende Folge der Substantiierungspflicht, die Artikel 90 OG statuiert; das Gericht sieht denn auch in besonderen Fällen davon ab. Da die Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention zur Beurteilung von Beschwerden nicht nur die angerufenen Konventionsbestimmungen, sondern alle erhebli-

ob der Eingriff in einer kantonalen Gesetzes- oder Verordnungsbestimmung (die ihrerseits formell und materiell verfassungsmäßig sein muß ...) ihre Grundlage finde, wobei es die Auslegung und Anwendung der betreffenden Bestimmung durch die kantonale Instanz im allgemeinen nur unter dem Gesichtswinkel der Willkür und der rechtsungleichen Behandlung überprüft ...; es beurteilt sodann frei, ob bei der als nicht willkürlich und nicht rechtsungleich erkannten Handhabung des kantonalen Rechts das in Frage stehende Grundrecht gewahrt sei ... Wo der beanstandete Eingriff in das Grundrecht sich besonders einschneidend auswirkt, prüft das Bundesgericht zudem auch die Auslegung der kantonalen Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen frei ...[197]."

Während das Bundesgericht die Anwendung kantonalen Gesetzesrechts im Normalfall nur auf Willkür überprüft, ist es „bei der Auslegung und Anwendung von Verfassungsrecht, das dem Bürger ein Individualrecht gewährleistet, grundsätzlich frei. Das gilt für das Verfassungsrecht der Kantone" wie für das des Bundes[198].

„Ob ein öffentliches Interesse den streitigen Eingriff ... rechtfertige, ist daher eine Rechtsfrage, die vom Bundesgericht grundsätzlich frei zu prüfen ist. Keiner Beschränkung unterliegt insbesondere die Prüfung der Frage, ob das geltend gemachte Interesse seiner Art und seinem Gewicht nach den streitigen Eingriff rechtfertige ..., wie auch die Frage, ob dieses Interesse schwerer wiege als das entgegenstehende private Interesse. Soweit dagegen örtliche Verhältnisse, denen die kantonalen Behörden näher stehen, zu würdigen sind oder sich ausgesprochene Ermessensfragen stellen, wäre eine völlig freie Überprüfung mit der Aufgabe des Staatsgerichtshofs nicht zu vereinbaren[199]."

Mit Bezug auf die Verhältnismäßigkeit gilt naturgemäß dasselbe wie für das öffentliche Interesse:

„Das Bundesgericht hat in diesem Bereich grundsätzlich freie Kognition, doch rechtfertigt sich eine gewisse Zurückhaltung ... Das Bundesgericht hat auf Grund des Verfassungsrechts gewisse Minimalforderungen festzulegen ...; es ist aber nicht seine Aufgabe, aus der Verfassung eine einheitliche gesamtschweizerische Ordnung abzuleiten[200]."

---

chen Rechte der Konvention beiziehen, wird das Bundesgericht — zumindest im Umfang der von der Konvention gewährleisteten Rechte — seine Praxis ändern müssen. Vgl. *J. P. Müller*, ZSR NF Bd. 94 (1975) I, S. 394.

[197] BGE 91 I 480 ff., 488. Zum Erfordernis des (besonders) schweren Eingriffs für die freie Prüfung der Frage nach der hinreichenden gesetzlichen Grundlage, sowie der Kontrolle der materiellen Anwendung des kantonalen Rechts vgl. auch BGE 90 I 29 ff., 39; 91 I 329 ff., 332 f.; 95 I 233 ff., 237; 97 I 850; 98 I a 98 ff., 100. In BGE 98 I a 307 f., 308 fehlt zwar der Hinweis auf dieses Erfordernis, dafür nimmt das Gericht Bezug auf den Entscheid 97 I 850, der es ausdrücklich erwähnt.

[198] BGE 94 I 127 ff., 135.

[199] Ebd., S. 135. Mit diesem Entscheid hat das Gericht seine Kognition zum öffentlichen Interesse wesentlich ausgedehnt. Nach seiner früheren Praxis hatte das Bundesgericht Beschwerden nur gutgeheißen, wenn von einem öffentlichen Interesse „schlechthin nicht die Rede sein" konnte, oder wenn der streitige Eingriff „offensichtlich nicht durch den verfolgten Zweck gedeckt" war (ZBl 67 (1966) S. 356 ff., 358).

Beschränkungen der Kognition des Verfassungsgerichtshofes sind sicher unumgänglich, sei es aus Rücksicht auf das Prinzip der Gewaltenteilung, sei es aus föderalistischen Erwägungen. Doch müssen diese Beschränkungen immer aus der Funktion des Verfassungsgerichtes begründbar sein und einer Abwägung mit dem Rechtsschutzinteresse des Bürgers standhalten können. Auch für das Bundesgericht selber muß gelten, was es der Genfer Anklagekammer vorhält[201]: Die Behörde, der die freie Überprüfung zusteht, verletzt Artikel 4 BV, wenn sie ihre Kognition auf Willkür beschränkt.

Die Praxis des Bundesgerichts zeigt deutlich, wie auf dem Verfahrensweg der Gehalt des materiellen Rechtes eingeschränkt (oder ausgedehnt) werden kann: Für den Schutz des Geringen genügt das Ungefähre[202]. Auf diese Weise wird der materielle Gehalt der Freiheitsrechte in den Randzonen ihres Normbereiches prozessual gemindert:

Die Schutzwirkung eines Freiheitsrechts schwächt sich in den Randgebieten seines Normbereichs als Folge der materiellen Abwägung der Rechtsgüter ohnehin schon ab. Das private Interesse, das dem öffentlichen gegenübersteht, wiegt leichter, je mittelbarer es vom Grundrecht erfaßt wird; die Maßnahme erscheint um so eher verhältnismäßig, je geringer der Freiheitsverlust ist.

Diese fließende Begrenzung des Schutzbereichs der Grundrechte wird nun noch durch die Kognitionsbeschränkungen überlagert. Vor allem die Grenze, die durch das Erfordernis der klaren gesetzlichen Grundlage geschaffen wird, scheidet innerhalb der Freiheitsrechte eine Randzone aus.

Bedenkt man schließlich, daß das Bundesgericht innerhalb der Grundrechte einen Kern- oder Wesensgehalt hervorhebt, dem es absolute Geltung zuspricht, so ergeben sich aus der Spruchpraxis drei Stufen unterschiedlicher Geltungskraft: Kern, Hauptbereich und Randzone.

---

[200] BGE 99 I a 262 ff., 271. Auch nach BGE 98 I a 307 f., 308 prüft das Gericht frei, „ob die angefochtene Freiheitsbeschränkung verhältnismäßig ist ... Soweit jedoch reine Sachverhaltsfeststellungen und mithin Fragen der Beweiswürdigung zu beurteilen sind, greift das Bundesgericht grundsätzlich nur ein, wenn die tatsächlichen Feststellungen der kantonalen Instanz willkürlich sind". In ähnlicher Weise lehnt es das Gericht im Entscheid 99 I a 689 ff., 695 ab, die Funktion einer Ober-Aufsichtsbehörde zu übernehmen.

[201] BGE 101 I a 46 ff., 57.

[202] *P. Saladin* (Grundrechte im Wandel, S. 166) kritisiert an der Kognitionsbeschränkung vor allem diese Koppelung mit der Eingriffsschwere: Der generelle Verzicht auf eine umfassende Prüfung der gesetzlichen Grundlage, wenn kein besonders schwerer Eingriff vorliegt, entbehrt der rechtlichen Grundlage.

226 Zusammenfassung

Die Möglichkeiten und Grenzen der Verwirklichung von Menschenwürde in der Praxis des Bundesgerichts werden zum guten Teil vom Grundrechtsverständnis des Gerichts bestimmt.

Dieses sieht in den Freiheitsrechten den historisch gewachsenen Schutz bestimmter, typischer Entfaltungsbereiche des Menschen vor staatlicher Macht.

Im Verhältnis der Bürger untereinander kommt den Grundrechten keine unmittelbare Geltung zu. Sie binden jedoch die rechtsanwendenden Behörden und wirken dort, wo sie ihrem materiellen Gehalt nach Anwendung finden können, mittelbar als Auslegungsgrundsätze bei der Anwendung privatrechtlicher Normen.

Grundrechte begründen als Abwehrrechte gegen staatliche Macht keine Leistungspflichten des Staates. Diese dogmatische Konzeption wird vom Gericht jedoch immer öfters gesprengt. Neuerdings gewähren Grundrechte durchaus Anspruch auf Benützung bereits erstellter öffentlicher Werke, solange die Benützung ohne zusätzliche Dienstleistung möglich ist: staatliche Einrichtungen, die zu selbstverständlichen Grundlagen der persönlichen Entfaltung geworden sind, müssen dem Bürger für die Ausübung seiner Grundrechte zur Verfügung gestellt werden. Im Extremfall völliger Abhängigkeit des Bürgers vom Staat — im Gefängnis — begründen die Freiheitsrechte vollends umfassende Leistungspflichten der öffentlichen Anstalt.

Im Bestreben, Freiheit auch vor dem modernen planenden und sozialgestaltenden Gesetzgeber wirksam zu schützen, hat das Bundesgericht ferner gewissen Grundrechten den Charakter von ‚Institutionen' der Rechtsordnung verliehen, deren Gehalt nicht aufgehoben werden darf. Zur Bestimmung dieses Gehalts greift es teilweise auf die Figur des ‚Kerns' der Grundrechte, der absoluten Schutz verdient. Auf diese Weise öffnet sich das Gericht einem Verständnis der Grundrechte als materieller Grundsätze für die gesamte Rechtsordnung.

Von besonderer Bedeutung für den Grundsatz der Menschenwürde ist die Bestimmung des Verhältnisses der Grundrechte zueinander: Das Bundesgericht betrachtete bis vor kurzem für jede verfassungsrechtliche Frage nur ein Grundrecht als anwendbar und bestimmte so das Verhältnis der Grundrechte negativ durch Abgrenzung und Auswahl. Diese Isolierung bedeutete, daß die Schutzwirkungen verwandter oder entgegenstehender Grundrechte vernachlässigt wurden. Entgegen der sonst üblichen Methode ermittelte das Gericht den Sinn eines Grundrechts nicht aus seinem Zusammenhang mit anderen Vorschriften. Eine Ausnahme gilt für den Verfahrensschutz nach Art. 4 BV, der im Lichte des materiell auf dem Spiele stehenden Grundrechts beurteilt wird.

Der auffallenden Beziehungslosigkeit der Grundrechte widersprechen aber die theoretischen Ausführungen über die ungeschriebenen Grundrechte als Voraussetzungen der geschriebenen, die Gewichtung unter den Grundrechten durch die Vorzugsstellung der unverzichtbaren und unverjährbaren Rechte sowie die persönliche Freiheit als subsidiäres Auffangrecht oder als Leitgrundsatz mit Bezug zur Menschenwürde, der sich auf Inhalt und Umfang der übrigen Grundrechte auswirken soll. Die neue Rechtsprechung, vor allem jene zur persönlichen Freiheit, bringt nun Ansätze zu einem Grundrechtsverständnis, das die Teile zueinander und zum Ganzen der Grundordnung in Beziehung setzt.

Bei der Verwirklichung der Grundrechte im Einzelfall kommt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit immer mehr eine Schlüsselstellung zu. In der älteren Rechtsprechung wurde das öffentliche Interesse an einer Grundrechtsbeeinträchtigung bei der Überprüfung der Verhältnismäßigkeit der verwendeten Mittel nicht mehr in Frage gestellt. Das Grundrecht hatte kaum Einfluß auf die Beurteilung des öffentlichen Interesses. Heute behandelt das Bundesgericht das Verhältnismäßigkeitsprinzip als allgemeinen Grundsatz der Rechtsgüterabwägung, in welche auch das öffentliche Interesse einbezogen wird. Unausgesprochen steht dahinter die Gegenfrage zur bisher üblichen Problemstellung: Welche Beschränkungen des öffentlichen Interesses sind aus Gründen des Freiheitsschutzes zu verantworten?

Wenig Aufschluß gibt die Praxis über das Verhältnis von Verfassungsgrundsatz und Verfassungsnorm. Die gleiche Bestimmung wird bald als Grundsatz, bald als Norm angesprochen. Grundrechte werden den Erlassen unterer Stufe gegenüber als materielle Grundsätze der Rechtsgüter- und Interessenabwägung behandelt. Die gleiche Aufgabe scheint dem Grundsatz der Menschenwürde den Grundrechten gegenüber zugedacht zu sein.

Erheblich eingeschränkt wird schließlich der Schutz der Grundrechte, den das Bundesgericht gewährt, durch das Fehlen der Verfassungsgerichtsbarkeit im Bund, die einschränkende Praxis des Gerichts zur Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde sowie die Beschränkung der bundesgerichtlichen Kognition in der Mehrzahl der Fälle[203]. Die letzte Einschränkung hat besondere materielle Bedeutung: Mit verfahrensrechtlichen Mitteln scheidet das Gericht in allen Fällen, wo es nicht einen besonders schwerwiegenden Eingriff in das Grundrecht erblickt, eine Randzone des Grundrechtsschutzes aus, welcher nur noch die Wirkung des Willkürverbots zukommt.

---

[203] Vgl. die Kritik von *H. Huber*, Die Grundrechte in der Schweiz, S. 189.

Die Übersicht zeigt, daß eine Deutung des Grundsatzes der Menschenwürde im Lichte des Grundrechtsverständnisses des Bundesgerichts nur beschränkt möglich ist.

Gerade die Menschenwürde läßt sich nicht als reines Abwehrrecht deuten. Vielmehr gewährt sie nach der Praxis gewisse Mindestansprüche des einzelnen auf persönliche Entfaltung, die auch zu einer Leistungspflicht des Staates führen können[204].

Ferner ist Menschenwürde eher als materieller Grundsatz für die gesamte Rechtsordnung zu verstehen[205], denn als konkretes, historisch gewachsenes und abgrenzbares Freiheitsrecht. Die Figuren der ‚Institution' und des ‚Kerns' der Grundrechte vermögen dieser Deutung jedoch kaum gerecht zu werden, jene des Verfassungsgrundsatzes aber bedarf noch der Klärung.

Gewisse verfahrensrechtliche Beschränkungen des Grundrechtsschutzes müssen geradezu als Verletzungen des Grundsatzes der Menschenwürde angesehen werden[206]; jedenfalls gilt es, sie im Lichte des Grundsatzes neu zu überdenken.

Auch das negative Verhältnis der einzelnen Grundrechte zueinander, das mangelnde Zusammenwirken, die fehlende ‚Konkordanz' der Verfassungsrechtsgüter widerspricht dem Grundsatz der Menschenwürde, der sich nach Ansicht des Gerichts auf Inhalt und Umfang der Grundrechte entscheidend auswirken soll.

In der Rechtsprechung zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit findet sich am ehesten ein Ansatz zu einem Grundrechtsverständnis und zu einer Abwägungsmethode, welche Raum schaffen für die Auswirkungen des Grundsatzes der Menschenwürde.

Gesamthaft aber ist das Grundrechtsverständnis des Bundesgerichts ein Hindernis für die Festigung der eingeleiteten Rechtsprechung zur Menschenwürde. Es ist Aufgabe der Rechtswissenschaft, die fruchtbaren Ansätze zu einem ganzheitlicheren Grundrechtsverständnis und zu einer angemesseneren Konkretisierungsmethode fortzuentwickeln, um auf der Grundlage von Grundrechtstheorie und juristischer Methodik Sinn und Möglichkeiten eines Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde aufzuzeigen.

---

[204] Vgl. vorne Ziffer 213, zu BGE 99 I a 262 ff.

[205] Vgl. BGE 90 I 29 ff., 36, wo Menschenwürde als Zielwert einer ganzen Wertordnung betrachtet wird, zu welcher sich das Bundesgericht bekennt.

[206] Vgl. vorne Ziffer 225.3 zur Legitimation des Ausländers.

23 Grundrechtstheorie und juristische Methodik

231 Ein Vorschlag zur Grundrechtstheorie

Wenn im folgenden auf Fragen der Grundrechtstheorie eingegangen wird, so nur deshalb, weil sich gezeigt hat, daß der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde mit den Denkmitteln, die das Bundesgericht in der Regel verwendet, nicht richtig verstanden und angewendet werden kann.

Das gewählte Vorgehen ist damit ein topisches: Das vom Bundesgericht angebotene Interpretationssystem für Grundrechte reicht nicht zur Lösung des Problems der Menschenwürde. Statt am System festzuhalten und das Problem auszuscheiden, wird am Problem angesetzt und ein System gesucht, das zur Lösung verhilft[1].

Dabei kann nicht beliebig vorgegangen werden. Interpretationsmethode, Grundrechtstheorie und materielles Verfassungsrecht bilden eine Einheit: Verfassungsinterpretation als schöpferische Konkretisierung ist nur als materiale Verfassungstheorie[2] intersubjektiv überprüfbar; diese wiederum muß „im Blick auf die konkrete Verfassungsordnung gewonnen und in fortwährendem Geben und Nehmen durch die konkrete Fallpraxis bestätigt und korrigiert" werden[3].

231.1 Drei Funktionen der Menschenwürde

Ausgangspunkt der Überlegungen ist die bundesgerichtliche Praxis, wie sie vorne unter Ziffer 21 dargelegt worden ist:

Die Menschenwürde wird einmal als Zielwert einer Wertordnung verstanden, zu der das Gericht sich bekennt[4], und damit zum höchsten Rechtsgut oder doch zum Rechtsgut mit der höchsten Abstraktion gemacht. Entsprechend wird die persönliche Freiheit, die der Menschenwürde als Schutznorm zugeordnet wird, zum verfassungsrechtlichen Leitgrundsatz erhoben, der überhaupt alle Freiheiten gewährleistet, welche elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung des Menschen darstellen[5].

Zielwert und Leitgrundsatz äußern sich auf niedrigerer Abstraktionsstufe darin, daß sie einen umfassenden Grundrechtsschutz darstellen, der sich auf Inhalt und Umfang der übrigen verfassungsmäßig

---

[1] Vgl. *Theodor Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, S. 17.

[2] *H. Ehmke*, Prinzipien, S. 64; vgl. auch *H. G. Hinderling*, Rechtsnorm und Verstehen, S. 207.

[3] *K. Hesse*, Grundzüge, S. 26.

[4] BGE 97 I 45 ff., 49.

[5] Ebd.

gewährleisteten Freiheitsrechte entscheidend auswirkt[6], ohne jedoch selbständige Ansprüche des Bürgers zu begründen[7].

Schließlich bilden sie als unmittelbar anwendbares Verfassungsrecht eine Auffangklausel, ein subsidiäres Grundrecht der Persönlichkeit und der Menschenwürde[8].

Diese dreifache Bedeutung ruft nach einem differenzierten Grundrechtsverständnis, das jeder einzelnen Bedeutung ein angemessenes Wirkungsfeld eröffnet. Die Praxis hat bisher nur die letzte Bedeutung fruchtbar gemacht, indem sie den Schutz der persönlichen Freiheit auf alle elementaren Erscheinungsformen der persönlichen Entfaltung ausgedehnt hat, die nicht bereits durch andere Grundrechte geschützt werden. Hingegen verschließt sich das Gericht bisher der Anrufung der persönlichen Freiheit als Interpretationsgrundsatz oder als Konkretisierungsgesichtspunkt, der sich auf Inhalt und Umfang eines andern, im konkreten Fall anwendbaren Grundrechts auswirken könnte[9]. Vollends ohne Auswirkungen bleibt die oberste Stufe der Wertvorstellungen.

Fest steht, daß die Menschenwürde, so wie sie das Bundesgericht anerkannt hat, nicht — oder nicht bloß — ein neues ungeschriebenes Grundrecht neben andern darstellt, sondern eine komplexe Norm, welche neben der üblichen Wirkung eines Grundrechts auch noch eine „Breitenwirkung" auf andere Grundrechte und eine „Wegweiserfunktion" für die gesamte Rechtsordnung ausübt. Die Menschenwürde verlangt ein neues Grundrechts- und Normenverständnis, welches gestattet, die Gesamtheit der Rechtsbeziehungen mit dem Grundwert des Menschen zu durchdringen.

Die Menschenwürde und in ihrem Gefolge auch die übrigen Grundrechte sind so zu verstehen, daß sie innerhalb der Rechtsordnung — und für diese innerhalb der Gesellschaft — mehrere Funktionen wahrnehmen können. In unterschiedlicher Form der Konkretisierung wirken sie „auf allen Ebenen des sozialen Systems"[10].

---

[6] BGE 97 I 45 ff., 49/50; in BGE 100 I a 189 ff., 193 wird noch ein zusätzlicher, wenig einleuchtender Umweg über die „droits fondamentaux" gemacht, die erst ihrerseits diese Wirkung zeitigen sollen.

[7] BGE 99 I a 504 ff., 509 mit Verweis auf BGE 97 I 45 ff., 50, wo zudem erst die dritte Stufe als unmittelbar anwendbares Verfassungsrecht bezeichnet wird.

[8] BGE 97 I 45 ff., 50; 99 I a 504 ff., 509.

[9] BGE 99 I a 504 ff., 509; 100 I a 189 ff., 195.

[10] *H. Willke*, Grundrechtstheorie, S. 188. Willke findet eine Parallelität „zwischen der ‚multifunktionalen Wirklichkeit' und der ‚Multifunktionalität der Grundrechte'" (S. 187), die er darin erblickt, „daß die Grundrechte als durchgängige Konstitutionsprinzipien auf allen Ebenen der Gesellschaft" wirken können, d. h. sowohl auf der personalen Ebene wie auf der Ebene der Rollen und Institutionen oder auf jener des Gesamtsystems (S. 22).

Die Entscheide des Bundesgerichts zur Menschenwürde deuten auf folgende drei Konkretisierungsgrade des Verfassungsgrundsatzes hin:

1. Die Wegweiserfunktion der Menschenwürde hat Programmcharakter, ist bekenntnishaft und unbestimmt. Hier wird bloß der Eigenwert des Menschen als solcher festgehalten und die Entfaltung der Persönlichkeit als Leitgrundsatz auch für die Gestaltung der Rechtsordnung postuliert. Auf dieser Ebene ist die Bedeutung des Grundsatzes in hohem Maße rechtspolitischer Natur.
2. In der Breitenwirkung auf andere Grundrechte beanspruchen Menschenwürde und persönliche Freiheit die Stellung von Richtlinien der Interpretation oder von Konkretisierungsgesichtspunkten. Sie haben die Funktion objektiver verfassungsrechtlicher Grundsätze, die verlangen, daß bei der verfassungsrechtlichen Güterabwägung den Erfordernissen der Menschenwürde und der persönlichen Entfaltung Rechnung getragen werde: sie fordern die persönlichkeitsorientierte Konkretisierung der Grundrechte (wie der öffentlichen Rechtsgüter, die den Grundrechten gegenüberstehen!).
3. Als unmittelbar anwendbare Individualnorm gewährleistet die persönliche Freiheit im Namen der Menschenwürde einen verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz, der sich auf elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung bezieht. Dadurch wird ein Mindeststandard persönlicher Entfaltungsfreiheit umrissen, der eine justiziable Grenze zur unwürdigen Erniedrigung des Menschen bildet.

231.2 Ansätze zu einer Stufenlehre in der Grundrechtstheorie

Diese Dreistufigkeit von Programm, Grundsatz und Individualnorm entspricht zumindest teilweise verschiedenen Ansätzen zu einer differenzierten Grundrechtstheorie in der rechtswissenschaftlichen Lehre[11]. So ist beispielsweise nach *Peter Häberle* die ganze Gesellschaft „grundrechtlich zu strukturieren"[12]. Über die herkömmliche Funktion der

[11] Zum Teil wird die Stufenfolge noch in die Individualnorm hinein fortgesetzt, indem diese mit Kern, Hauptbereich und Randzone in drei Stufen abnehmender Geltungskraft gegliedert wird. Vgl. vorne Ziffer 225.5 am Ende.
Auf die programmatische Funktion der Grundrechte weist bereits *R. Smend* hin (Verfassung und Verfassungsrecht, S. 265 f.): Als Element der „sachlichen Integration" des Staates „proklamieren die Grundrechte ein bestimmtes Kultur-, ein Wertsystem, das der Sinn des von dieser Verfassung konstituierten Staatslebens sein soll" (S. 265). Auf dieser Ebene dienen die Grundrechte der Legitimierung der positiven Staats- und Rechtsordnung: „im Namen dieses Wertsystems soll diese positive Ordnung gelten, legitim sein" (ebd.). Die Gesamtheit der Grundrechte liefert jedoch abgesehen von dieser „Qualifikation der positiven Rechtsordnung" auch „Auslegungsregeln für das positive Recht" und den „geistigen Gesamtzusammenhang", aus dem heraus die einzelnen Grundrechte verstanden werden müssen (S. 266).

[12] Grundrechte im Leistungsstaat, S. 68.

Grundrechte hinaus ist ein „mehrwertiges und mehrschichtiges Instrumentarium" zu entwickeln. Die Sicherung grundrechtlicher Freiheit verlangt im Leistungsstaat das Zusammenspiel der „Grundrechtsverbürgungen als soziale Grundrechte im weiteren Sinne, als Verfassungsziele und gestufte soziale Schutzaufträge, als subjektive Leistungsrechte und als Auslegungsmaximen für die Rechtsprechung"[13].

Grundzüge einer Stufenlehre der Grundrechte hat aber vor allem *Ulrich Scheuner* skizziert[14]. Ausgehend von der Feststellung, daß sich in jeder Grundrechtsnorm verschiedene verfassungsrechtliche Elemente verbinden können, unterscheidet er drei Bestandteile der Grundrechtsordnung:

1. Die Mehrzahl grundrechtlicher Bestimmungen enthalten zunächst einmal „subjektive Berechtigungen des einzelnen oder bestimmter Gruppen"[15];
2. „daneben aber enthalten die meisten von ihnen zugleich objektivrechtliche Bestandteile, insbesondere die verfassungsrechtliche Gewährleistung eines Rechtsinstituts oder einer bestimmten institutionellen Ausgestaltung eines Lebensbereiches"[16];
3. schließlich erwähnt Scheuner noch einen letzten Bestandteil moderner Verfassungen, „den man als verbindliche Richtsätze des politisch-sozialen Lebens oder auch als Staatszielbestimmungen bezeichnen kann". Sie enthalten „Wertentscheidungen, die für die Auslegung und Anwendung richtunggebend sind", oder „Leitlinien der gesamten Staatspolitik", wie z. B. die Sozialstaatsklauseln[17].

Zur dritten Stufe zählt Scheuner auch die sozialen Grundrechte, die zwar als subjektive Berechtigungen formuliert werden, die aber in Wirklichkeit „objektive Richtsätze der Verfassung für die Herstellung bestimmter Bedingungen der sozialen Ordnung" darstellen[18]. Die ver-

[13] Ebd., S. 72. *Häberle* interessiert sich jedoch im weiteren mehr für eine Aufteilung der Grundrechte in eine individualrechtliche (personale), eine institutionelle und eine typisch leistungsstaatliche, verfahrensmäßige Komponente (status activus processualis, S. 75 und 86 ff.).

[14] Pressefreiheit, S. 55 ff.

[15] Ebd.

[16] Ebd., S. 56. Erst für diese Bestandteile gilt die „Vorordnung der grundrechtlichen Sätze über die gesamte Rechtsordnung" (ebd., S. 59). Auch die neue Rolle, die der Staat zum Schutze und zur Förderung der Freiheit (z. B. der Pressefreiheit oder des Rundfunkrechts) übernimmt, läßt sich nur über diese objektiven Elemente umschreiben (Funktion der Grundrechte, S. 510).

[17] Ebd., S. 58. Das Sozialstaatsprinzip hat nach *Scheuner* durchaus normativen Gehalt. Es stellt „nicht nur einen Auslegungsgrundsatz dar, sondern kann Grundlage für soziale Leistungsansprüche bilden und bildet vor allem eine Richtlinie für den Gesetzgeber, in dessen Hand die Ausfüllung und Verwirklichung des Prinzips liegt" (Funktion der Grundrechte, S. 512).

[18] Ebd., S. 57. *Scheuner* sieht in den sozialen Rechten „Zielvorstellun-

fassungsrechtlichen Gehalte der obersten Stufe „sind von der Verbürgung institutioneller Einrichtungen zu unterscheiden; sie sichern nicht bestehende Einrichtungen, sie weisen vielmehr der staatlichen Politik verbindlich den Weg“[19].

Damit entspricht diese dritte Stufe jener Wegweiserfunktion, welche die Menschenwürde als Programmsatz ausübt. Die objektivrechtlichen Bestandteile der Grundrechte in der Stufenfolge Scheuners stimmen ebenfalls mit der Funktion der Menschenwürde als objektiven Verfassungsgrundsatz überein. In einer ersten Annäherung erweist sich das Stufenmodell Scheuners als brauchbar für die Deutung der bundesgerichtlichen Praxis[20].

Unklar bleibt vor allem das institutionelle Verständnis der Grundrechte. Das Bundesgericht verwendet dieses Verständnis bald im Sinne Scheuners zur Deutung objektiver Gehalte der Grundrechte, welche den Bestand gesellschaftlicher Einrichtungen sichern wollen, bald zur Bezeichnung aller drei Funktionsstufen der persönlichen Freiheit[21].

In der Schweiz hat *Jörg P. Müller* eine ähnliche Typologie der Grundrechtsgehalte vorgeschlagen und dabei „drei Schichten von normativen Gehalten eines Grundrechts“ herausgeschält[22]. Danach lassen sich unterscheiden:

---

gen ..., denen die Staaten im Rahmen ihrer Möglichkeit nachstreben sollen“; sie sind als Gesetzgebungsaufträge aufzufassen (Funktion der Grundrechte, S. 513).

[19] Ebd., S. 58.

[20] Innerhalb der ersten Stufe subjektiver Berechtigungen scheidet Scheuner noch eine „innere Mitte“ und eine „innere Begrenzung“ des Grundrechts aus, „die seinem Geltungsraum einen festen Kern und eine spezifische Ausdehnung geben“ (S. 47). Anlaß dafür ist die Wesensgehaltsgarantie von Art. 19 Abs. 2 des Bonner Grundgesetzes, die in der Bundesverfassung fehlt, aber dennoch vom Bundesgericht in die schweizerische Verfassungspraxis übernommen worden ist. Nach *Scheuner* lassen sich aus dem bestimmten Lebensbereich, dem ein Grundrecht jeweils zugeordnet ist, Kernbereich und Randauswirkungen aufweisen (S. 50 f.). Nur im eigentlichen Schutzbereich gebührt dem Grundrecht Vorrang vor dem Gesetz, am Rande fügt sich jedes Grundrecht in die allgemeine rechtliche Ordnung ein (Funktion der Grundrechte, S. 510 f.). — Die Funktionstufen werden so in noch ungeklärter Weise von Schichten unterschiedlicher Geltungskraft überlagert.

[21] BGE 97 I 45 ff., 49. Zur Kritik des institutionellen Rechtsdenkens vgl. hinten Ziffer 233.6. Auch *H. Willke* skizziert eine Stufenlehre der Grundrechte (Grundrechtstheorie, S. 188): Auf der höchsten Generalisierungsstufe sind die Grundrechte „als Grundentscheidungen der politischen Ausrichtung eines sozialen Systems ... in Normen einer besonderen Qualität gefaßte Werte“. Demgegenüber sind sie auf der einfachsten Konkretisierungsstufe prozessual durchsetzbare „Rechtsnormen mit handlungsleitender Funktion“. Auf den Zwischenstufen der Rollen und Institutionen liegt nach Willke „eine unterschiedliche Mischungslage mit diffiziler Abgrenzungsproblematik“ vor.

[22] Soziale Grundrechte, S. 817 f., vgl. bereits Die Grundrechte der Verfassung, S. 79.

1. „Eine programmatische Schicht, in der die Freiheitsrechte als generelle Zielsetzungen für Staats- und Rechtsordnung, als objektive Prinzipien einer gerechten demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung erscheinen“[23];
2. „ein normativer Teilgehalt, der sich in Anlehnung an bereits bestehende Rechtsinstitute oder -regeln verwirklicht“ und objektive Richtlinien und grundlegende Gesichtspunkte vor allem für die verfassungskonforme Auslegung der Rechtssätze oder für die Ausfüllung von Generalklauseln abgibt[24]; und
3. das unmittelbar und selbständig anspruchsbegründende Freiheitsrecht als Abwehrrecht, wie es sich im Laufe der Geschichte als bestimmte verfassungsrechtlich geschützte Rechtsposition herausgebildet hat und die traditionelle und gefestigte Konkretisierungsaufgabe des Verfassungsrichters darstellt[25].

Nach J. P. Müller wenden sich die Grundrechte in ihren verschiedenen Teilgehalten besonders an folgende Adressaten: „an den Gesetzgeber bei der Verwirklichung der ‚Grundrechtsprogramme‘, an den Fachrichter (Zivil-, Straf-, Verwaltungsrichter usf.) beim Gebot verfassungskonformer Auslegung und schließlich an den Verfassungsrichter dort, wo es um den unmittelbar justiziablen Abwehranspruch eines Grundrechts geht“[26].

Auch diese Typisierung eignet sich im großen ganzen zur Einordnung der drei Funktionen der Menschenwürde.

Sowohl der Vorschlag von U. Scheuner wie jener von J. P. Müller erlaubt eine Klärung des Grundrechtsverständnisses; die Typologien sollten jedoch so offen wie möglich verwendet werden, weil sonst vom Interpretationssystem her problemfremde Zwänge geschaffen werden könnten.

So unterscheiden sich die beiden Vorschläge insbesondere durch die ‚Ortung‘ der institutionellen Bedeutung der Grundrechte. Während J.

---

[23] Soziale Grundrechte, S. 817. *Müller* lokalisiert die institutionelle Bedeutung der Grundrechte auf dieser obersten Ebene der Direktiven staatlichen Handelns, die wegen ihrer Offenheit kaum justiziabel erscheinen. Diese Bedeutungsschicht wende sich vor allem an den Gesetzgeber, lasse ihm aber noch beträchtliche Gestaltungsfreiheit. Auch die sog. „Drittwirkung“ der Grundrechte möchte Müller diesem programmatischen Teilgehalt der Freiheitsrechte zurechnen (ebd.).

[24] Ebd., S. 817 f.

[25] Ebd., S. 818. Nach *Müller* kann immer (aber auch nur?) dann, „wenn man die Grundrechte aus ihrer Verengung auf prozessual durchsetzbare Abwehransprüche gegen den Staat löst ... die reine Abwehrrichtung nicht aufrecht erhalten werden“. Demgegenüber hat die Praxis bereits Grundrechtsansprüche als justiziabel anerkannt, die als Leistungsansprüche bezeichnet werden müssen (vgl. vorne Ziffer 221.3).

[26] Ebd., S. 818.

P. Müller sie der obersten Schicht zuordnet, stellt Scheuner sie auf die mittlere Stufe; diese erhält dann entsprechend mehr selbständiges normatives Gewicht, weil Scheuner der Institutsgarantie den justiziablen Gehalt eines Kernschutzes zuspricht[27].

Die Funktion der Grundrechte, Richtlinien und objektive Konkretisierungsgesichtspunkte für die Auslegung zu schaffen, kommt sodann bei Scheuner vor allem der obersten Stufe zu, während sich bei Müller bereits die mittlere Schicht in dieser Funktion zu erschöpfen scheint.

Auf diese Weise entstehen Überschneidungen der Interpretationssysteme, die, falls aus der Gliederung materielle Konsequenzen gezogen werden[28], leicht zu unfruchtbaren Lehrstreiten führen können.

231.3 Die Konkretisierungsgrade der Norm

Im folgenden soll denn auch nicht ein drittes Stufenmodell gezeichnet werden, das besonders auf die Probleme der Konkretisierung der Menschenwürde nach schweizerischer Praxis zugeschnitten wäre. Beide Typologien sind als nützliche Klärungsversuche zu anerkennen. Vor allem aber lassen sich ihnen zwei weiterführende Gedanken entnehmen:

1. Die Grundrechte erschöpfen sich nicht in ihrem Gehalt als subjektive öffentliche Rechte, sondern „dehnen sich aus" bis an die Grenze des Rechtlichen zu Politik, Philosophie, Religion. Sie reichen von der deutlich abgrenzbaren Individualnorm bis zum umfassenden Programm[29]. Und im Mittelbereich dieser Ausdehnung wirken sie als Richtlinien, Grundsätze und Gesichtspunkte für die Konkretisierung anderer Grundrechte (die in ihrer Richtung eine ähnliche Ausdehnung aufweisen)[30].

---

[27] *U. Scheuner,* Pressefreiheit, S. 56 f. Scheuner nennt als Beispiel den Schutz des privaten Eigentums vor Auflösung oder Aushöhlung durch den Gesetzgeber.

[28] So z. B. mit Bezug auf das Drittwirkungsproblem oder auf die Adressaten der Teilgehalte: Wird die Ausstrahlung der Grundrechte auf die gesamte Rechtsordnung der zweiten Stufe der Grundrechtsgehalte zugerechnet, so macht es einen Unterschied, ob dieser Stufe selbständige oder nur mittelbare Geltung zugesprochen wird. Dasselbe gilt, wenn zwischen der untersten und der mittleren Stufe die Grenze der Justiziabilität gezogen werden soll.

[29] Diese Abstraktion kann und muß nicht bei allen Normen gleich weit geführt werden; deshalb sind auch nicht alle Programmsätze so unbestimmt wie jener der Menschenwürde.

[30] Nach einem modernen Grundrechtsverständnis sind materielle Verfassungsbestimmungen primär Sätze objektiven Rechts; ob und in welchem Ausmaß sich daraus Rechte für den einzelnen ergeben, ist eine Frage der Interpretation dieses objektiven Rechts (*E. Friesenhahn,* der Wandel des Grundrechtsverständnisses, S. G 4). „Allen materiellen Bestimmungen der Verfassung, die die Ausübung der Staatsgewalt inhaltlich determinieren ... kommt derselbe grundrechtliche Charakter in einem objektiv-rechtlichen

2. Innerhalb dieses Ausdehnungsbereiches wandelt sich die Funktion der Grundrechte. Doch lassen sich von der Rechts- und Staatstheorie keine klaren Stufen oder Schichten abgrenzen, weil solche im materiellen Verfassungsrecht nicht oder jedenfalls nicht für alle Grundrechte in gleicher Weise vorgegeben sind. Wichtiger als die Typisierung der Funktionen ist die Erkenntnis des Kontinuums des Normgehalts über alle Grade der Konkretisierung vom Programm bis zur Individualnorm. Die unterschiedlichen Konkretisierungsgrade sind — für jedes Grundrecht nach Maßgabe seines Normbereichs einerseits und seines Normprogramms anderseits[31] — das Maß der Bestimmtheit (und damit der verpflichtenden Kraft für den Einzelfall), bzw. der Grundsätzlichkeit (und damit der Geltungskraft für die gesamte Rechtsordnung).

Von hier aus öffnet sich über ein besonderes Grundrechtsverständnis hinaus ein neues Normenverständnis. Es ist willkürlich, die Konkretisierungslinie vom Programm bis zur Individualrechtsnorm zu ziehen, sie aber dort abzubrechen. Recht als Prozeß führt die Konkretisierung weiter, sei es durch den Richter, der am einzelnen Sachverhalt die Entscheidungsnorm gewinnt, die sein Urteil bildet, sei es durch Gesetzgeber, Verwaltung und Privatparteien, die in Gesetz, Verordnung und Vertrag je konkretere Ausgestaltungen der Norm schaffen.

Jede geschriebene oder ungeschriebene Norm, die in ihrem bestimmten sprachlichen Ausdruck in einer Rechtsordnung Geltung erlangt hat, ist rechtlicher Kristallisationspunkt eines geschichtlich aktuellen Bedürfnisses. Gesetzgebung erscheint als Verallgemeinerung geschichtlicher Bedürfnisse zu Grundsätzen; die Erfassung des jeweils intendierten Grundsatzes nach Inhalt und nach Form ist eine Frage des Gesetzgebungsverfahrens, der Gesetzgebungsmethode und der Gesetzgebungstechnik: Der historisch gewählte Ausdruck der Norm ist diejenige rechtliche Form, in welcher der Gehalt des intendierten Grundsatzes von den Beteiligten erkannt werden konnte und welche dem politisch anerkannten Bedürfnis am besten angemessen erschien.

231.4 Die Unbestimmtheitsrelation der Norm

Jeder Rechtssatz befindet sich gewissermaßen an einer — vom Gesetzgeber für richtig befundenen — Stelle auf der Konkretisierungs-

Sinn zu." Das gilt „für subjektiv gefaßte Grundrechtsbestimmungen wie für Grundsatzbestimmungen, Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge. Immer erhebt sich die Frage nach der Dichte solcher Verfassungsbestimmungen" (S. G 6).

[31] Vgl. *F. Müller*, Methodik, passim und Ziffer 232 hiernach. Die Begriffe „Programmgehalt der Grundrechte" und „Normprogramm" sind zwar nicht gleichbedeutend, drücken aber auf unterschiedlicher Konkretisierungsstufe denselben normativen Anspruch aus.

skala, welche vom Programm über den Grundsatz und die Rechtsnorm bis zur kasuistischen Entscheidungsnorm reicht.

Je tiefer auf dieser Skala die Norm gefaßt worden ist, desto bestimmter ist sie ihrem Entscheidungscharakter nach; aber zugleich ist sie um so unbestimmter in der Ausrichtung auf ein grundsätzliches Programm[32]

Je höher die Norm gefaßt wird, desto bestimmter ist ihre Aussage über den intendierten Grundsatz oder das richtungsweisende Programm; um so unbestimmter ist dafür die Aussage über die im Einzelfall zu treffende Entscheidungsnorm[33].

Zur Illustration des Gemeinten sei ein Vergleich aus dem Gebiet der Naturwissenschaften gestattet:

Mit der Norm verhält es sich wie mit den Elementarteilchen der modernen Kernphysik. Sie ist sowohl „Welle" wie „Korpuskel" und folgt dabei einem Gesetz, das der Heisenbergschen Unbestimmtheitsrelation nicht unähnlich ist: Im Extremfall hat sie als „Welle" eine unbeschränkte Reichweite, aber einen völlig unbestimmten Ort; als „Korpuskel" hingegen läßt sie sich genau lokalisieren, dafür bleibt ihr Impuls, ihr Energiewert völlig unbestimmt. Die beiden Unbestimmtheiten bedingen sich gegenseitig: je kleiner die eine ist, um so größer wird die andere[34].

Je allgemeiner die Norm gefaßt wird, desto größer wird ihre Ausstrahlung auf die gesamte Rechtsordnung; ihre grundsätzliche und richtungsweisende Bedeutung wächst. Dafür wird ihr justiziabler Gehalt um so unbestimmter. Je konkreter aber die Norm gefaßt wird, desto genauer wird ihre Handlungsanweisung für den einzelnen Fall. Über diesen hinaus hat sie dafür um so weniger gestaltende Kraft: Es lassen sich ihr in um so unbestimmterer Weise und in um so größerer Auswahl unterschiedliche Leitgrundsätze der Rechtsordnung zuordnen[35].

---

[32] Je konkreter der Ausdruck der Norm, desto größer die Zahl der Güterabwägungen, die bereits in ihr vollzogen sind und um so mehrdeutiger auch die grundsätzlichen Programmgehalte, die der Norm zugerechnet werden können.

[33] Den gleichen Sachverhalt spricht *H. Huber* (Die Verfassungsbeschwerde, S. 17) an, wenn er von der allgemein gehaltenen Norm des Verfassungsrechts sagt, in ihr sei der „Strahl des ... Grundwertes ... ungebrochen"; die Kehrseite dieser Wertnähe bestehe aber darin, daß die so formulierten Normen „weit weniger anwendungsbereit" seien.

[34] Vgl. *Louis de Broglie*, Licht und Materie, Hamburg 1958, S. 123 f.; *Werner Heisenberg*, Physik und Philosophie, Weltperspektiven Bd. 2, Frankfurt 1959, S. 28 ff.

[35] Das Konzept der Unbestimmtheitsrelation der Norm kann für eine Vielzahl theoretischer und praktischer Probleme nutzbar gemacht werden:
— Es dient der Klärung vieler Mißverständnisse zwischen Vertretern einer „dynamischen", topischen Rechtsauffassung und solchen einer „statischen", positivistischen Rechtslehre. Die Auseinandersetzung findet meist nicht auf

231.5 Grenzen der Grundrechtstheorie

In der Grundrechtstheorie wird entsprechend besser von Bestimmtheitsgraden des Grundrechtsgehaltes gesprochen als von Stufen oder Schichten. Die Grundrechte zeichnen sich meist dadurch aus, daß sie so allgemein und unbestimmt gefaßt sind, daß man ihnen keine bestimmte Stelle auf der Konkretisierungsskala zuordnen kann. In der Regel ist nur der Wert, der Grundsatz genannt, der gewährleistet werden soll. In seltenen Ausnahmen nur wird ein Anspruch formuliert. In allen anderen Fällen hat der Verfassungsgeber der Rechtsanwendung die ganze Ausdehnung der Norm vom Individualrechtssatz bis zum Programmgehalt zur Konkretisierung anvertraut[36].

Eine weitere Eingrenzung der Wirkungsmöglichkeiten der Grundrechte durch die Grundrechtstheorie ist nicht zulässig. Das materielle Recht (der Schweiz) kennt nur die Rangordnung von Verordnung, Gesetz und Verfassung, nicht aber noch eine Fortsetzung dieser Hierarchie in die Verfassung hinein. Entsprechend gibt es auch für die Verfassungstheorie keinen sachlichen Anlaß, innerhalb der Grundrechtsordnung Stufen auszuscheiden, die allgemein festlegen könnten, welche Schicht der Grundrechte dem einfachen Gesetz vorgeht oder nicht, welche Schicht vom Richter beurteilt werden kann oder nicht und welche Schicht nur das öffentliche Recht bindet oder auch das Privat- und Strafrecht. Der Entscheid über solche Fragen muß der Konkretisierung der einzelnen Grundrechte überlassen werden, da die Antwort aus dem materiellen Verfassungsrecht gewonnen werden muß.

---

der gleichen Ebene statt, weil die Parteien nicht von der gleichen Seite oder Qualität der Norm sprechen.

— Es dient zur Darstellung der Spannung der Gebote der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit;

— es entspricht den Konkretisierungsgraden von Rechtsnorm, Plan und Verwaltungsakt; überhaupt ließe es sich zur Beschreibung der Probleme im Planungsrecht beiziehen;

— das Konzept bildet aber auch einen Deutungsrahmen für das Problem der ‚Technizität' moderner Maßnahmengesetze und des damit verbundenen Verlustes an ‚Normativität'

— oder für die Beschreibung der sach- und zielgerechten Gesetzgebungsmethode, z. B. für die Bestimmung der angemessenen Abstraktionshöhe und Grundsätzlichkeit einer Regelung oder für die Kritik der Argumentation aus ‚Sachzwang', ‚Sachlogik' oder ‚Natur der Sache'.

[36] Aus diesem Grund haben sich die Verfassungsgerichte auch für befugt gehalten, die Grundrechtsnormen ohne Beschränkung durch den Wortlaut aus dem Gehalt des Programms und der Grundsätze zu konkretisieren. Vgl. *H. Huber,* Die Verfassungsbeschwerde, S. 18: Die Grundrechte „haben die Weite und Unbestimmtheit eines Programms ... Der Text tritt stark in den Hintergrund". Doch wird nach Huber das Fehlen textlicher Bindungen aufgewogen durch die Verpflichtung des Richters auf „die ideengeschichtlichen Zusammenhänge unserer abendländischen Rechtskultur". Vgl. *derselbe,* Über die Konkretisierung der Grundrechte, S. 197 f.

Mit anderen Worten: alle weiteren Probleme können nicht von der Verfassungstheorie vorweg gelöst werden, sondern müssen mit den Mitteln einer dem geltenden Verfassungsrecht angepaßten juristischen Methodik angegangen werden[37].

Wenn auf diese Weise zugunsten der Lösung des materiellen Problems weitgehend auf die Stütze eines präjudizierenden grundrechtstheoretischen Systems verzichtet wird, so ist auf der andern Seite „zuzugeben, daß die erforderliche Disziplin mit der größeren Offenheit der verschiedenen in die Erwägung einzubeziehenden Topoi zunimmt"[38]. Diese Disziplin liegt einmal in der strengen Ausrichtung auf die Entscheidungen des materiellen Rechts, sodann aber auch in der Verpflichtung zur Objektivität, gemeint als Methodenklarheit, die „nicht das Beseitigen, sondern das Offenlegen der erforderlichen und der tatsächlich erfolgenden Wertungen" verlangt[39].

232 Juristische Methodik

Zur Gewährleistung der geforderten Methodenklarheit wird im folgenden der topische „Stil"[40] in den Rahmen einer Methodik gestellt, wie sie *Friedrich Müller* entworfen hat[41].

F. Müller geht davon aus, daß die Norm „mehr ist, als ein sprachlicher Satz, der auf dem Papier steht". Der Wortlaut — oder Normtext — drückt nur „den sogenannten Rechtsbefehl, das Normprogramm, aus. Gleichrangig und mitkonstitutiv zur Norm gehört jedoch der Normbereich, d. h. jener Ausschnitt sozialer Wirklichkeit in seiner Grundstruktur, den sich die Norm als Regelungsbereich ‚ausgesucht' ... oder den sie möglicherweise erst geschaffen hat"[42]. Der Sinn der Norm kann nicht durch bloße Textinterpretation, sondern nur durch fallbezogene Konkretisierung dessen ermittelt werden, „was Normprogramm, Norm-

[37] Der hier geforderten Beschränkung entspricht das Bestreben *P. Saladins* auf der Ebene des Verwaltungsrechts, dessen Zentralprobleme „in konsequenter Unterstellung unter die (wenigen) einschlägigen Verfassungsprinzipien zu lösen", um „die Rückstände der Begriffsjurisprudenz ... zu beseitigen, damit dogmatischen Ballast abzuwerfen und das System verwaltungsrechtlicher Dogmatik transparent und kohärent zu gestalten" (Verwaltungsprozeßrecht und materielles Verwaltungsrecht, ZSR NF Bd. 94 (1975) II S. 307 ff., 310 f.).

[38] *R. Bäumlin,* Staat, Recht und Geschichte, S. 34.

[39] *F. Müller,* Methodik, S. 121.

[40] *Viehweg,* Topik und Jurisprudenz, S. 51.

[41] *F. Müller,* Methodik. Die Grenzen der Topik liegen genau genommen nicht in der Methodik, sondern im „Primat der Normbindung", der „die Vorstellung eines primär topischen Problembezugs unzulässig" macht (S. 70). Danach „ist *die* Form von Topik nicht haltbar, die geltendes Recht im Konfliktsfall zugunsten ‚problem'-angemessener Fallösung übergehen will" (S. 74).

[42] Methodik, S. 53.

bereich und die Eigenheiten des Sachverhalts an Daten liefern"[43]. „Eine Norm ist — je nach ihrem Typus mit mehr oder weniger stark determinierender Kraft — sachbestimmt-normative Grenze zulässiger Konkretisierung[44]."

Ausgangspunkt der Konkretisierung ist das Vorverständnis des im Normtext formulierten Normprogramms, aus dessen verbindlich auswählenden Perspektive die Elemente des Normbereichs aus den Sach- und Fallbereichen hervorgehoben werden[45]. Diese Elemente prägen ihrerseits als Grundstruktur der vom Normprogramm zu ordnenden Lebensverhältnisse den normativen Gehalt der Vorschrift.

F. Müller beschreibt den Vorgang der Konkretisierung der Rechtsnorm zur „Entscheidungsnorm", welche nichts anderes ist als der „von einem bestimmten Fall her und auf seine verbindliche Lösung hin konkretisierte Aggregatzustand"[46] der Norm, wie folgt:

„Durch wechselseitige Präzisierung und Konkretisierung der (weder abgeschlossenen noch isolierbaren) Norm am Sachverhalt und des (gleichfalls weder isolierbaren noch in diesem Sinn ‚abgeschlossenen') Sachverhalts an

[43] Ebd.

[44] Ebd., S. 126. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit vgl. auch *F. Müller,* Normstruktur und Normativität, Berlin 1966.

Die Vorstellung von der Norm als sowohl sachbestimmter als auch normativ ausgerichteter Anweisung für die Konkretisierung entspricht der vorne entwickelten Unbestimmtheitsrelation: Je allgemeiner die Norm gefaßt ist, desto mehr bedarf sie noch der sachlichen Bestimmung — je konkreter sie gefaßt wird, um so mehr entbehrt sie der normativen Ausrichtung. Da die Norm keine vorgegebene Größe, sondern stets erst noch zu bestimmen ist, kann der Verbindung von normativen und faktischen Elementen nicht die „wechselseitige logische Unableitbarkeit von Sein und Sollen" (*N. Luhmann,* Grundrechte als Institution, S. 39 Anm. 3) entgegengehalten werden. Rechtswissenschaft als „Entscheidungswissenschaft" (S. 203) kann sich nicht mit der bloß funktionalen Verbindung von Recht und Wissenschaft begnügen, wie es die Soziologie Luhmanns tut, weil sie damit nicht handlungs- oder entscheidungsorientierend wirken kann. Dafür genügt auch die Feststellung des „dialektischen Baus der staatlichen Wirklichkeit" (*H. Heller,* Staatslehre, S. 277) oder das Verhältnis von „machtbildendem Charakter des Rechts" und „rechtbildendem Charakter der Macht" (S. 194) nicht; über solche Deutungsvorschläge hinaus muß vielmehr ein Verfahren angegeben werden, in welchem normative und faktische Gesichtspunkte in der Urteilsbildung verbunden werden können. In der Grundrechtstheorie wird in diesem Zusammenhang oft die „institutionelle" Deutung der Norm eingeführt, um ihren engen Bezug zu bestimmten Lebensbereichen herzustellen (z. B. *P. Häberle,* Wesensgehaltgarantie, S. 96 ff., 100 f.). Wohl wird durch diese Sicht der Grundrechte, wie sie vor allem *M. Hauriou* vertreten hat, „das Tatsächliche ... in die normative Betrachtung einbezogen" (S. 110), zugleich aber auch der Vorgang der Konkretisierung unnötig verschleiert (vgl. dazu Ziffer 233.6 hiernach). Der „unlösbare Zusammenhang" und die „gegenseitige Bedingtheit" von Recht und Wirklichkeit (*K. Hesse,* Die normative Kraft der Verfassung, S. 6) können nur im Rahmen einer strukturierten Methodik, wie sie F. Müller anbietet, auf rationale Weise bestimmt werden.

[45] *F. Müller,* Methodik, S. 108.

[46] Ebd.

der Norm wird in einem durchgehend normorientierten Verfahren herausgefunden, was gemäß der rechtlichen Vorschrift im Einzelfall Rechtens sein soll[47]."

oder:

„In einem Verfahren, das durch wechselseitige Überprüfung der als relevant betrachteten Rechtsvorschrift(en) an den für diese relevanten Bestandteilen des Sachverhalts und umgekehrt der arbeitshypothetisch als relevant behandelten Sachverhaltsbestandteile an der ihnen vorläufig zugeordneten Norm (bzw. an mehreren Rechtsvorschriften) schrittweise an Genauigkeit gewinnt, werden die ‚auf Gegenseitigkeit' ausgewählten Normativelemente und Sachverhaltselemente aneinander ... gleichfalls ‚auf Gegenseitigkeit' weiter konkretisiert[48]."

Dabei gehen die überlieferten „Auslegungsmethoden" der grammatischen, historischen, systematischen (und der berechtigten Aspekte der sog. teleologischen) Interpretation als unmittelbar normbezogene Konkretisierungselemente neben den Normbereichselementen und einzelnen dogmatischen Elementen in erster Linie in den Prozeß der Entscheidfindung ein. In zweiter Linie fallen die nicht direkt normbezogenen dogmatischen, lösungstechnischen, verfassungspolitischen und Theorie-Elemente in Betracht. Bei der Bestimmung der Grenze der zulässigen Entscheidungsnormen haben jedoch die unmittelbar auf den Normtext bezogenen grammatischen und systematischen Elemente aus rechtsstaatlichen Gründen Vorrang vor allen andern[49].

---

[47] Ebd., S. 115. Dem entspricht das „Hin- und Herwandern des Blickes" zwischen der auszulegenden Norm und dem zu normierenden Lebenssachverhalt, von dem *Karl Engisch* (Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 2. Aufl. Heidelberg 1960, S. 15) spricht.

[48] Ebd., S. 119 f.

[49] Ebd., S. 186. Freilich ist die Bedeutung dieses Vorrangs dort gering, wo dem Normtext — wie in der Regel bei den Grundrechten — kaum negativ ausgrenzende Kraft zukommt. — Im übrigen kann hier keine Kritik der Methodenlehre F. Müllers vorgenommen werden.

Für die Kritik an der positivistischen Verfestigung der Auslegungselemente Savignys zu „Methoden" vgl. *F. Müller*, ebd., S. 54 ff. Die Anwendung der Interpretationsmethoden auf die offenen Normen des Verfassungsrechts führt immer wieder zu seltsamen juristischen Konstruktionen. So sieht *H. G. Lüchinger* (Die Auslegung der Schweizerischen Bundesverfassung, S. 45) das Problem zwar durchaus richtig, wenn er sagt, die Auslegungsmethode sei „ein Satz des materiellen Rechts und selbst als Resultat einer Wertentscheidung". Auch die „Entscheidung für den Positivismus" (S. 52 ff.) wäre noch vertretbar, wenn sie wirklich zur Normorientierung jedes Schrittes der Konkretisierung führen würde, nicht aber, wenn man vorweg verkündet, die Bundesverfassung sei „von drei inhaltlichen Grundprinzipien beherrscht, welche gleichzeitig die Schweizerische Staatsidee verkörpern, vom demokratischen, föderalistischen und liberalen Prinzip" (S. 86). Die Ermittlung dieser (und ausschließlich dieser) drei Grundprinzipien als Richtmaß der Interpretation müßte das Ergebnis einer schöpferischen, wertenden Argumentation sein, deren methodische Durchdringung unermeßliche Schwierigkeiten bieten würde. An den Anfang der Methodik gestellt, bedeutet diese Behauptung nichts anderes als eine ideologische Vorentscheidung, die alle praktischen Fragen der Methode zu Scheinproblemen degradiert.

Diese Methodik gestattet im Rahmen des angedeuteten Grundrechtsverständnisses eine angemessene Konkretisierung der Grundrechte im allgemeinen und der Menschenwürde im besonderen. Sie erlaubt den Ansatz bei jedem Bestimmtheitsgrad einer Norm und läßt alle Kriterien normativer und faktischer Natur in den Prozeß eingehen. Sie gewährleistet eine Kontrolle des subjektiven Vorverständnisses durch Offenlegung der Entscheidungselemente, ohne sach- oder zielwidrige methodische Schranken zu errichten. Insbesondere bringt sie im Rahmen des systematischen Elements all jene Gesichtspunkte in den Vorgang ein, die zu einer ganzheitlichen Grundrechtsverwirklichung gehören[50].

Die Wirkungsweise der Menschenwürde wird methodisch faßbar: Bei der Konkretisierung eines Grundrechts anhand des Einzelfalls ist einmal zu prüfen, ob der Sachverhalt ganz und ausschließlich in den Normbereich dieses Grundrechts fällt, oder ob ein anderes Individualrecht oder die persönliche Freiheit als subsidiäre Norm auch anwendbar sind[51]. Ist dies zu verneinen, so sind die andern Grundrechte und die

---

In gleicher Weise ist auch *P. Schneider* (Prinzipien der Verfassungsinterpretation, S. 30 f.) genötigt, in der „Kernfrage der Methodenwahl" seine Entscheidung für den „objektiven Willen des Verfassungsgebers" durch den Rückgriff auf die ratio legis zu ergänzen und die Methodik auf eine willkürlich gesetzte „Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen" in Form der Maxime „in dubio pro libertate" auszurichten. Das Bestreben nach Vereinfachung des juristischen Abwägungsprozesses gelingt jedoch auch so nicht, weil Schneider anerkennen muß, daß die Freiheit im Sinne unserer Rechtsordnung durch die Gleichheit geprägt wird (In dubio pro libertate, S. 284). Die ganze Vermutungskonstruktion wird unnütz, wenn die Regeln, für deren Anwendung die Vermutung spricht, ambivalent und unbestimmt sind. Die Vermutung bildet dann bloß eine ideologische Verkürzung des allseitigen Abwägungsprozesses und damit eine Quelle der Ungerechtigkeit.

H. Nef begibt sich in dieselbe Gefahr, wenn er aus der Bundesverfassung eine Wertordnung ableitet. Für die Entscheidung im Einzelfall jedenfalls ist es wenig hilfreich, zu wissen, daß die Menschenwürde den Wert darstellt, dem die Freiheitsrechte dienen (S. 194), daß diese jedoch zum Schutze der niedrigeren, aber elementaren polizeilichen Güter eingeschränkt werden können (S. 197 f.), daß sodann im Falle des Konfliktes der Gedanke der allgemeinen Wohlfahrt der Idee der individuellen Freiheit vorgehen kann (S. 200), oder daß schließlich die Unabhängigkeit des Schweizerlandes allem anderen vorgeht (S. 205). Solche Regeln geben höchstens eine erste Orientierung ab; wenn sie sich aber zu Interpretationsgrundsätzen verfestigen, stehen sie einer sachgerechten Fallösung im Wege (vgl. Die Wertordnung der Schweizerischen Bundesverfassung, S. 190 ff.).

[50] Die herkömmlichen Auslegungsregeln werden nicht isoliert, sondern als „Aspekte eines funktional einheitlichen Vorgangs" (S. 151 f.) neben den Normbereichelementen in den Rahmen einer „strukturierenden Methodik" (S. 131 f.) eingeführt. Unter dem systematischen Aspekt sind dabei alle möglichen Gesichtspunkte zu prüfen, unter Beizug aller indirekt „einschlägigen" Normen (S. 149). Damit wird auch dem Postulat der „Einheit der Verfassung" (S. 155) und der „praktischen Konkordanz" (S. 160) genüge getan.

[51] Die letztere soll wegen ihrer Subsidiarität nach Ansicht des Bundesgerichts stets ausgeschlossen werden, falls ein anderes Grundrecht überhaupt anwendbar ist. Die Subsidiarität ist von der Eigenständigkeit der Einzel-

Menschenwürde jedenfalls heranzuziehen, um Gesichtspunkte für die Konkretisierung des anwendbaren Rechts beizutragen. Hier kann sich die „Breitenwirkung" der Menschenwürde entfalten[52]. Die „Wegweiserfunktion" der Menschenwürde schließlich dient als materieller Maßstab des Grundrechtsverständnisses selber[53] und geht vor allem als verfassungspolitisches Element in die Konkretisierung ein[54].

233 Lösungsvorschläge zu einzelnen Problemen der Grundrechtstheorie

Methodik und Normenverständnis, wie sie hier dargelegt worden sind, gestatten eine ganzheitliche Deutung der Menschenwürde in der Praxis des Bundesgerichts, die sich nicht mehr an den Grenzen stößt, welche das Grundrechtsverständnis des Bundesgerichts errichtet: Die Grundrechte lassen sich von der bloßen Abwehrrichtung lösen, als Grundsätze für die gesamte Rechtsordnung nutzbar machen und in ein positives Verhältnis zueinander setzen. Auch der Ansatz zu einer umfassenden Abwägung der Gesichtspunkte eines Falles, der in der Praxis zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit enthalten ist, läßt sich weiterentwickeln. Schließlich finden auch die Rechtsfiguren des Verfassungsgrundsatzes, der Institution und des Grundrechtskerns einen angemessenen Stellenwert[55].

---

grundrechte her jedoch nur soweit gefordert, als sonst ein Ableitungsverhältnis entstünde. Wenn jedoch den schützenswerten Interessen eines Bürgers von der Menschenwürde her eine zusätzliche Rechtserheblichkeit gewährt werden kann, dann sollte die Menschenwürde neben das Grundrecht treten und es ergänzen können.

[52] Näheres zu diesen beiden Möglichkeiten der systematischen Interpretation findet sich bei *F. Müller*, Methodik, S. 149.

[53] D. h. als Maß, auf das sich das verfassungstheoretische Vorverständnis (ebd., S. 174) auszurichten hat. Zur Wegweiserfunktion gehört auch die Forderung an den Verfassungsrichter, er habe sich mangels Bindung an einen bestimmt formulierten Wortlaut der Norm in besonderem Maße von den Grundwerten der Rechtsordnung leiten zu lassen. „Normentreue" bedeutet hier mehr als anderswo „Treue zu bestimmten Grundwerten, vor allem zu den Werten der Würde und Freiheit der menschlichen Person" (*H. Huber*, Die Verfassungsbeschwerde, S. 19).

[54] Als verfassungspolitisches Element hat die Menschenwürde überhaupt zum Durchbruch in der Praxis zur persönlichen Freiheit geführt! Abgesehen von solch grundlegenden Praxisänderungen wird sich jedoch die programmatische Funktion der Menschenwürde in der Rechtsprechung kaum sichtbar verwirklichen. Sie beeinflußt vielmehr die Praxis der politischen Behörden (vgl. hinten Ziffer 25).

[55] Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, all diese Probleme umfassend zu klären. Die folgende Auseinandersetzung mit Praxis und Lehre soll deshalb nur andeuten, wie der vorgeschlagene Weg weiterverfolgt werden könnte.

233.1 Die Überwindung der reinen Abwehrfunktion und der Isolierung der Grundrechte

Das Verständnis der Grundrechte als Normen, deren Ausdehnung vom Individualrechtssatz bis zum Programm reicht, verbietet kategorische Aussagen, wie jene, der Sinn der Freiheitsrechte sei die Begrenzung der staatlichen Macht, weshalb sie dem Bürger keinen Anspruch auf positive Leistungen des Staates gäben[56]. Die Aussage müßte jedenfalls auf die anspruchsbegründende Funktion der Grundrechte als Individualrecht beschränkt werden. Auf den Ebenen von Grundsatz und Programm wird kein bestimmter Anspruch formuliert. Hier jedenfalls dehnt sich der Sinn der Grundrechte aus zur Verpflichtung aller Staatstätigkeit auf die Grundwerte der Rechtsordnung.

Aber auch auf ihrer konkretesten Stufe ist es nicht zulässig, die Funktion der Grundrechte durch eine dogmatische Begründung ihrer „Natur" auf den status negativus zu beschränken. Die „Natur" der Grundrechte läßt sich immer erst in der Konkretisierung auf einen bestimmten Fall hin ermitteln. Welchen Anspruch das Grundrecht konkret gewährt, läßt sich jeweils nur aus der Art seiner Verletzung durch normwidrige Sachverhaltselemente bestimmen. So ist es z. B. die Gefangensituation, welche aus dem ‚Abwehrrecht' der Bewegungsfreiheit einen Leistungsanspruch macht[57].

Der Gehalt der Norm kann sich auch im Laufe der Zeit wandeln, indem neue Sachverhalte in ihren Normbereich aufgenommen werden; die Befugnisse, die sich aus der Natur eines bestimmten Rechtes ergeben[58], können sich dabei ändern.

Ebenso unhaltbar wird die „Eindimensionalität" einer richterlichen Argumentation, die den Fall allein aus dem Gesichtswinkel eines einzigen Verfassungsrechtsgutes zu lösen sucht. Diese Beschränkung des Konkretisierungsvorgangs findet sich z. T. in Urteilen des Bundesgerichts, welche den Anstaltszweck oder den Widmungszweck einer öffentlichen Sache als Schranke der Grundrechtsausübung anführen. Daß eine öffentliche Anstalt „den Bürgern wesensgemäß nur zu dem Zweck offenzustehen hat, zu dem sie bestimmt ist"[59], ist entweder eine Selbstverständlichkeit oder eine Verdeckung der Frage, nach welchen Gesichtspunkten Zweck und Bestimmung der Anstalt im einzelnen zu beurteilen sind. Eine ähnliche Verkürzung des Abwägungsvorganges

---

[56] So BGE 98 I a 362 ff., 367 E. 5 a.

[57] Vgl. BGE 99 I a 262 ff., 281; 102 I a 279 ff., 290 ff.

[58] Für solche Befugnisse allein hat das Bundesgericht eine Ausnahme gemacht und einen Leistungsanspruch anerkannt (Anspruch auf schickliches Begräbnis, BGE 97 I 893 ff., 896).

[59] BGE 98 I a 362 ff., 367.

liegt vor, wenn politischen Kundgebungen der Widmungszweck öffentlicher Straßen und Plätze oder die Hauptform des Gemeingebrauchs öffentlicher Verkehrswege entgegengehalten wird[60]. Wohl mögen diese Gesichtspunkte im Einzelfall den Ausschlag geben, doch läßt sich das erst zuverlässig bestimmen, wenn die politischen Rechte der Bürger als Gesichtspunkte für die Konkretisierung der Funktion öffentlicher Straßen und Plätze beigezogen werden.

233.2 Verhältnismäßigkeit als umfassende Rechtsgüterabwägung

Allgemein fordert die sach- und zielgerechte Konkretisierung der Grundrechte eine Weiterbildung der neueren Praxis des Bundesgerichts zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Im Konfliktfall sind nicht „Zweck" und „Mittel", sondern sämtliche betroffenen Rechtsgüter zueinander ins Verhältnis zu setzen, wobei keiner der Gesichtspunkte unveränderlich gedacht werden kann. Grundrecht und öffentliches Interesse sind in der Konkretisierung gleichermaßen variabel[61]. Sie bestimmen sich gegenseitig in ihrem Verhältnis nur im Hinblick auf den einzelnen Fall. Das öffentliche Interesse muß ebenso auf seine normativen Gehalte hin differenziert werden, wie das Grundrecht; die tatsächlichen Elemente des Falles sind im Lichte beider Normen zu untersuchen und bestimmen ihrerseits zum Teil die normativen Gehalte auf beiden Seiten.

Damit geht es nicht mehr um die Messung zweier unvergleichbarer Größen, dem (globalen) öffentlichen und dem (partikularen) privaten Interesse. Das in seinem Entscheidungswert völlig unbestimmte abstrakte öffentliche Interesse, das als Leitsatz überall programmatisch Geltung beansprucht, muß zu relativ bestimmten Grundsätzen konkretisiert werden, die als Gesichtspunkte der Abwägung einen brauchbaren Entscheidungswert aufweisen; das konkrete, handfeste private Interesse, das sich nur auf die tatsächliche Entscheidung des einzelnen Streites bezieht, muß im Lichte des Grundrechts zu Grundsätzen verallgemeinert werden, die zwar relativ unbestimmt, dafür aber von normativer Geltung sind. Auf der mittleren Ebene der relativ fallbestimmtnormativen Grundsätze lassen sich sodann die Rechtsgüter, die dem öffentlichen und dem privaten Interesse entsprechen, vergleichen und in ein angemessenes Verhältnis bringen[62].

---

[60] BGE 96 I 219 ff., 231; 100 I a 392 ff., 396 f.

[61] Vgl. *K. Hesse*, Grundzüge, S. 29.

[62] Vgl. *H. Huber*, Das Gemeinwohl als Voraussetzung der Enteignung, ZSR NF 84 I (1965) S. 39 ff., 67 ff.; die Konkretisierung des öffentlichen Interesses gewinnt an Bedeutung, weil heute „die Interessen des Enteigners und die Interessen des Enteigneten in ihrer Art und in ihrer Qualität einander oft viel näher" kommen, ja, „die gegenüberstehenden Interessen beinahe austauschbar geworden sind".

So kann beispielsweise das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung nicht unvermittelt dem privaten Interesse eines Zeugen daran gegenübergestellt werden, die Aussage verweigern zu können, ohne eine Beugehaft erleiden zu müssen[63]. Vielmehr ist im Hinblick auf den einzelnen Fall zu bestimmen, wie groß das öffentliche und das private Interesse sind[64]. Die Konkretisierung des öffentlichen Interesses richtet sich nach dem strafrechtlich geschützten Rechtsgut und der Schwere seiner Verletzung durch die zu beurteilende Tat[65], sowie nach dem Maß, in welchem die Strafverfolgung durch den Verzicht auf die fragliche Zeugenaussage beeinträchtigt wird; die Verallgemeinerung des privaten Interesses richtet sich nach dem Grundrecht der persönlichen Freiheit und der Schwere des Eingriffs, den diese durch die angedrohte Zwangsmaßnahme erleidet. Das Verhältnis der entgegenstehenden Rechtsgüter wird noch durch weitere Gesichtspunkte beeinflußt, wenn der widerspenstige Zeuge sich für sein Verhalten beispielsweise als Journalist auf den Grundsatz der Pressefreiheit berufen kann.

233.3 Praktische Konkordanz als systematische Konkretisierung

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als umfassende Abwägung der beteiligten normativen und faktischen Gesichtspunkte verlangt auch eine positive Bestimmung des Verhältnisses der Grundrechte zueinander.

Der systematische Aspekt der Konkretisierung eines Grundrechts führt notwendigerweise zum Beizug der Gesichtspunkte, die verwandten oder entgegenstehenden Verfassungsnormen entnommen werden können. Damit erfüllt die Konkretisierung jene Aufgabe, die die Lehre mit dem Prinzip der praktischen Konkordanz umschreibt[66].

---

[63] Vgl. BGE 98 I a 418 ff.

[64] Das Bundesgericht beschränkte sich im Entscheid 98 I a 418 ff., 426 auf die Bestimmung des öffentlichen Interesses, das im Entscheidfall dem — undifferenzierten — Rechtsgut der persönlichen Freiheit weichen mußte.

[65] Die Tat, die keine Freiheitsstrafe nach sich zieht, rechtfertigt auch keine Untersuchungs- oder Beugehaft.

[66] Vgl. *R. Bäumlin,* Staat, Recht und Geschichte, S. 14 f. und S. 27: „Jurisprudenz lebt nicht aus der Einheit ihrer konkretisierten Maßstäbe, wohl aber ist ihr aufgegeben, ihre Maßstäbe beim Vollzug des Rechts, in der Rechtsverwirklichung zur praktischen Konsonanz zu bringen, concordantia disconcordantium zu betreiben." Vgl. auch *P. Häberle,* Wesensgehaltgarantie, S. 35. Diese Aufgabe wird u. a. von *H. Ehmke* (Prinzipien, S. 77) zum Prinzip der Einheit der Verfassung erhoben, das die Notwendigkeit ausdrücken soll, „die Verfassung jeweils als einen in sich sinnvollen, zwar vielseitigen und keineswegs spannungslosen, aber doch immer auf die Einheit des politischen Gemeinwesens gerichteten Ordnungszusammenhang zu interpretieren". Kritisch dazu *F. Müller,* Methodik, S. 155 ff., der davor warnt, von der Einheit der Verfassung *her* zu argumentieren. „Das liefe auf irrationale Unterstel-

Die Geltungsbereiche der Grundrechte überschneiden sich oft, gerade weil sie nicht Teil eines geschlossenen Systems darstellen, sondern historisch gewachsen sind. Abgesehen von ihrem engeren Normbereich haben sie zudem immer auch positive und negative Funktionen für die Normbereiche anderer Grundrechte[67]. Insofern läßt sich das Bild der „Multifunktionalität" der Grundrechte für die Frage ihres gegenseitigen Verhältnisses fruchtbar machen[68].

Im Falle der Konkurrenz oder Kollision mehrerer Grundrechtsnormen verlangt das Prinzip der praktischen Konkordanz, daß die Grenzen zwischen den beteiligten Rechtsgütern so verhältnismäßig gezogen werden, daß diese „die Entscheidung des Falls auch im Ergebnis mittragen"[69]. Das heißt, daß die Konkretisierung nicht der einen Norm pauschal den „Vorrang" zuerkennen und die andere pauschal „zurücktreten" lassen darf[70].

Damit wird deutlich gegen die Gerichtspraxis Stellung bezogen, die — aus Gründen der Prozeßökonomie — jeden Sachverhalt nur im Lichte eines einzigen Grundrechts zu beurteilen pflegt[71].

---

lungen hinaus. Das Ganze der Verfassung als solches ist nicht normativ" (S. 157). Unverdächtig ist das Prinzip der Einheit der Verfassung, wenn es bloß besagen soll, daß die Grundrechte Teile einer verfassungsrechtlichen Gesamtordnung seien, „deren Elemente im Verhältnis wechselseitiger Beziehung stehen, teils sich ergänzend und verstärkend, teils sich begrenzend. Das Schrankenproblem erweist sich damit als Aufgabe, zwischen den einzelnen Momenten der Verfassung ... optimale Konkordanz herzustellen" (*R. Bäumlin,* Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStRL 28 (1970) S. 18).

[67] Nach *P. Lerche* (Übermaß und Verfassungsrecht, S. 63) entfaltet in der „institutionellen Verfassungsschicht", die sowohl Grundrechte wie Zuständigkeitsbestimmungen umfaßt, „jede Verfassungsnorm eine auslegungsleitende Wirkung auch für die Handhabung aller sonstigen Verfassungsnormen". Vgl. *J. P. Müller,* Die Grundrechte der Verfassung, S. 79 und *U. Scheuner,* Pressefreiheit, S. 55.

[68] Vgl. *N. Luhmann,* Grundrechte als Institution, S. 80, 129 und 134. Luhmann unterscheidet vier „Generalisierungsrichtungen", nach welchen ein Grundrecht orientiert sein kann: „im Hinblick auf die Individualität der Selbstdarstellung, die Zivilisierbarkeit der Verhaltenserwartungen und die Rationalität der Wirtschaft" oder schließlich noch im Hinblick auf die Demokratisierung der Herrschaft (S. 134, vgl. S. 37 und passim). Grundrechte können, wie Luhmann dartut, verschiedenen Generalisierungsrichtungen zugleich verpflichtet sein. (In juristischer Terminologie könnte man sagen, die Normbereiche der Grundrechte überschnitten sich, die Grundsätze der einen Richtung seien auch im Bereich anderer Prinzipien wirksam, bzw. ein Grundrecht sei Ausdruck verschiedener Grundsätze.)

[69] *F. Müller,* Methodik, S. 160; vgl. *K. Hesse,* Grundzüge, S. 29.

[70] *F. Müller,* Methodik, S. 161; *K. Hesse,* Grundzüge, S. 29.

[71] Vgl. vorne Ziffer 222; BGE 102 I a 50 ff., 54 E. 3 deutet möglicherweise ein Einlenken im Sinne dieser Kritik an. Die Kritik trifft auch die Ansicht von *U. P. Frey* (Das Verhältnis der Handels- und Gewerbefreiheit zu den anderen Freiheitsrechten), der die Frage nach der Grundrechtskonkurrenz nicht grundsätzlich, sondern nur in Einzelfällen prüft; er anerkennt zwar die faktische Interdependenz von Handels- und Gewerbefreiheit und Niederlas-

Vor allem gestattet der systematische Aspekt der Grundrechtskonkretisierung auf diese Weise zwangslos die Deutung jener „entscheidenden Auswirkung", welche das Bundesgericht der Menschenwürde und der persönlichen Freiheit zuspricht: Als Gesichtspunkte mit umfassendem Geltungsbereich sind sie bei jeder Konkretisierung beizuziehen und verlangen eine persönlichkeitsorientierte Wertung aller normativen und faktischen Elemente.

233.4 Drittwirkung und verfassungskonforme Interpretation

Der vorgeschlagene Deutungs- und Konkretisierungsrahmen erlaubt es, die Stellung der Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung angemessen zu umschreiben und den Lehrstreit um die sog. Drittwirkung zu entschärfen: Die Grundrechte regeln in ihrer Form als Individualrechte insofern nur das Verhältnis von Bürger und Staat, als der Staat das „Monopol auf Freiheitsbedrohung"[72] innehat. Soweit aber die Bedrohung, gegen welche die Freiheitsrechte die Bürger ursprünglich schützen sollten, vom Staat auf gesellschaftliche Machtträger übergeht, ändert sich der Normbereich entsprechend. Bei gleichbleibendem Schutzgut wird die Schutzrichtung auf die neuen Elemente des Normbereichs ausgedehnt. Grundsätzlich steht somit dort, wo keine nachgeordneten Rechtsnormen das Grundrecht konkretisieren — so im Falle echter Lücken des Privatrechts — einer direkten Anwendung des Grundrechts nichts im Wege[73]. Ob das Grundrecht im konkreten Fall anwendbar ist und welchen Entscheid es fordert, zeigt sich jedoch erst bei der Konkretisierung von Normprogramm und Normbereich anhand des Falles.

Überall dort, wo nachgeordnetes Recht den Grundrechtsgehalt — wenn auch nur in der Form von Generalklauseln — für ein bestimmtes Rechtsgebiet aufnimmt, ist die Fallösung aus den Bestimmungen dieses Rechts zu konkretisieren. Doch wie bei der Konkretisierung der Grundrechte sind auch hier bei der systematischen Betrachtung jene Gesichtspunkte beizuziehen, welche verwendeten oder entgegenstehenden Rechtsnormen entnommen werden können. Und wie bei den Grundrechten Menschenwürde und persönliche Freiheit eine persönlichkeitsorientierte Grundrechtsinterpretation verlangen, so fordern die Grundrechte hier eine verfassungskonforme Gesetzesinterpretation.

Dadurch wird keineswegs „das folgerichtige rechtswissenschaftliche Denken und die saubere Systematik in den Hintergrund gedrängt"[74] —

---

sungsfreiheit, Privatautonomie oder Eigentumsgarantie, verneint aber Konsequenzen für die Auslegung (ebd., vor allem S. 51, 53, 179).

[72] *N. Luhmann,* Grundrechte als Institution, S. 57.

[73] Vgl. die Entscheide des Bundesgerichts zur Übertragung des rechtlichen Gehörs auf das Genossenschafts- und Vereinsrecht, vorne Ziffer 224.1.

es wird bloß das dogmatische System wieder in jenen Rang verweisen, der ihm nach dem materiellen Rechte zukommt: Es hat sich den Anforderungen der geltenden Rechtsordnung anzupassen[75].

Die grundsätzlichen Einwände gegen eine Ausstrahlung der Grundrechtsgehalte auf die gesamte Rechtsordnung entstammen oft einer Verkennung der juristischen Arbeit im Bereiche des öffentlichen Rechts und des Verfassungsrechts, sowie den Verzerrungen eines ungeklärten Vorverständnisses. Das läßt sich am Beispiel einer Arbeit von *K. Wespi* zeigen[76]: Gestützt auf die ältere Grundrechtsauffassung des Bundesgerichts, insbesondere auf das Verständnis des Verhältnismäßigkeitsprinzips als bloßem Schonungsgebot, das keine Abwägung öffentlicher und privater Interessen und Rechtsgüter erfordert, schließt Wespi auf die Unübertragbarkeit verfassungsrechtlicher Grundsätze auf das Privatrecht, weil dieses „von anderen Grundsätzen beherrscht wird (wie z. B. Privatautonomie, Güterabwägung)"[77]. Solche Mißverständnisse werden freilich durch Begriffe wie das „öffentliche Interesse" begünstigt. Die staats- und verwaltungsrechtliche Praxis macht es verständlich, daß Wespi verlangt, die öffentlichen Interessen dürften nicht zum Kriterium für die privatrechtliche Widerrechtlichkeit gemacht werden[78]. Dabei wird freilich übersehen, daß auch die Rechtsgüter des

---

[74] So *M. Usteri*, Theorie der Verwaltung in Formen des Privatrechts, S. 223. Usteri verwickelt sich selber in Widersprüche, wenn er in Verkennung des Vorgangs der Grundrechtskonkretisierung den Schutz des sozial Schwächeren „rechtssystematisch ... nicht beim Prinzip (des „Freiheitsstaates"), sondern bei den Schranken des Prinzips ansiedelt (S. 187), dann aber den Ausbau dieser Schranken fordert, gerade um das Prinzip zu fördern (S. 225). Die Systematik ist der Problemlösung derart hinderlich, daß Usteri sie selber — von der privatrechtlichen Seite her — durchbricht und geradezu eine „Drittwirkung" der Grundsätze des Privatrechts auf die Grundrechte postuliert: „Entgegen einer weitverbreiteten Auffassung gehören zu diesen Grundnormen und den Normen der Verfassung bei folgerichtigem Denken im Freiheitsstaat auch die obersten Privatrechtssätze, wozu vor allem die Normen über die Persönlichkeitsrechte zählen" (S. 226). — Bei entsprechender Abstraktionshöhe ist hiegegen vom Konzept der Unbestimmtheitsrelation der Norm her gewiß nichts einzuwenden, sind es doch dieselben Rechtsgüter, die in den Grundrechten und im privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz wiederkehren (vgl. *H. Huber*, Die Grundrechte in der Schweiz, S. 202 mit Verweis auf den Kommentar *Egger*, N. 10 zu Art. 28 ZGB). Die geltende Normenhierarchie legt es jedoch nahe, den Persönlichkeitsschutz des Privatrechts als Ausfluß, nicht bloß als Parallele der Grundrechte zu betrachten. Dies bedeutet vor allem, daß bei der Konkretisierung der Freiheit im privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz auf die verfassungsmäßigen Rechte zurückzugreifen ist (*H. Huber*, Der Schutz der Staatsbürgerrechte des Arbeitnehmers, ZSR NF 82 (1963) I S. 131 ff., 134).

[75] Was nicht ausschließt, daß die Dogmatik durch Beeinflussung des Gesetzgebers den Gehalt der Rechtsordnung mitbestimmt.

[76] Die Drittwirkung der Freiheitsrechte, Zürich 1968; vgl. die kritische Besprechung von *M. Kronauer* in ZBl 71 (1970) S. 269 ff.

[77] *Wespi*, S. 54.

[78] Ebd., S. 65.

einzelnen, sein Leben, seine Freiheit, sein Eigentum im öffentlichen Interesse liegen und daß die gesamte Privatrechtsordnung wie jedes andere Gesetz dem öffentlichen Interesse zu entsprechen hat.

Das ungeläuterte Vorverständnis schimmert durch, wenn von der Drittwirkung gesagt wird, sie untergrabe die Privatautonomie, lähme die persönliche Initiative und führe so, „von der liberalen Warte aus betrachtet, zu einer unzulässigen Beschränkung der Freiheit des Starken" und „zu einer Atomisierung der Freiheit", weil sie „die Bildung einer sozialen Hierarchie im privaten Bereich" verhindere: „Warum aber soll ein besserer Gebrauch der privaten Autonomie nicht als angemessenen Lohn eine mächtigere Stellung verschaffen[79]?" Wer der Drittwirkung der Grundrechte derart egalitäre Bedeutung unterschiebt, betreibt eine Schwarz-Weiß-Malerei, die leicht zum Instrument politischer Argumentation zugunsten des Rechts etablierter Macht abgleiten könnte.

Wespi wehrt sich eigentlich nur gegen die direkte Drittwirkung. Bei der Behandlung konkreter Fälle liefert er denn auch ein Musterbeispiel überzeugender Begründung für die indirekte Drittwirkung: „Die Garantie der Pressefreiheit bleibt inhaltlos, wenn man die Besonderheiten der Pressetätigkeit im privatrechtlichen Bereich ignoriert[80]."

Die Mehrzahl der Lehrmeinungen anerkennt in der einen oder andern Form die Ausstrahlung der Grundrechte über den Bereich des Verfassungs- und Verwaltungsrechts hinaus. Begründet wird diese Horizontalwirkung, die auch als „Essentiale der Grundrechtsausstrahlung"[81] bezeichnet worden ist, meist mit der „Doppelfunktion" der Grundrechte, einerseits „dem Individuum ein subjektiv-öffentliches Recht zu sichern und andererseits die staatliche Gemeinschaft zu garantieren"[82]. Den Grundrechten wird daher „eine konstitutive Kraft für die gesamte Rechtsordnung" zugesprochen[83]. Oft wird zu diesem Zwecke das institutionelle Denken beigezogen. Danach geht es bei der Drittwirkung darum, „die in den Grundrechten enthaltenen objektiven Prinzipien und Festsetzungen in ihrem institutionell-funktionalen Gehalt auch für andere Rechtsgebiete und Rechtsbeziehungen jenseits des Staat-Bürger-Verhältnisses fruchtbar zu machen"[84].

---

[79] Ebd., S. 59.

[80] Ebd., S. 69.

[81] *P. Saladin,* Funktion der Grundrechte, S. 547.

[82] *H. Oberhänsli,* Die Gewährleistung der Freiheitsrechte, S. 60; in gleichem Sinne spricht *K. Hesse* vom ‚Doppelcharakter' der Grundrechte (Grundzüge, S. 110 ff.).

[83] *Oberhänsli,* S. 60 f.

[84] *U. Scheuner,* Funktion der Grundrechte, S. 508.

Die Bemühungen, diese Auswirkungen des Grundrechts zu erläutern, wirken dort etwas schwerfällig, wo das Verständnis der Norm als eines „raumkörperhaften Gebildes“[85] aus dem Reich der Ideen nicht oder nur mühsam überwunden werden kann. Das Verständnis der Norm als ebenso sachbestimmter wie zielorientierter Richtlinie der Fallentscheidung behebt diese Schwierigkeit, zumal sie die Norm nicht auf den Normtext fixiert: Programm und Grundsatz, auf die sie hinweist, gehören ebenso zur Norm wie Normbereich und Fallentscheidung, für die sie gilt. Ein Grundrecht gilt sicher nicht in allen Entscheidungsnormen, zu denen es bestimmt werden kann, für privatrechtliche Fälle. Hingegen kann es sehr wohl im einen oder andern Grundsatz, auf den es hinweist, für privatrechtliche Fälle gelten, d. h. Richtlinien der Entscheidung enthalten: das hängt einzig davon ab, ob sich bei der Konkretisierung des Grundsatzes zeigt, daß der Fall in dessen Normbereich gehört[86]. Es geht nicht um die Frage, ob Grundrechte ‚wesensgemäß‘ auf das Privatrecht einwirken, sondern darum, ob im einzelnen Fall auf zuverlässige Weise grundrechtliche Entscheidungsrichtlinien ermittelt werden können. Unter diesem praktischen Vorbehalt ist es ganz selbstverständlich, daß die „objektiven Richtlinien, die in den Grundrechten enthalten sind, auch als einheitsstiftende fundamentale Ordnungsprinzipien für die gesamte Rechtsordnung“ gelten[87].

Damit wird auch jene allgemeine „Schranke“ der Drittwirkung überflüssig, die *K. Hesse* vorschlägt: „Überall dort, wo das Privatrecht mehr Freiheit läßt als die Grundrechte“, soll danach sowohl direkte wie indirekte Drittwirkung ausgeschlossen sein[88]. Nach Hesse gilt dies dann, wenn die Parteien „auch der Sache nach in einem Verhältnis der Gleichordnung stehen[89].“ Dafür verlangt Hesse dort, wo es „um den Schutz personaler Freiheit gegen Ausübung wirtschaftlicher oder sozialer Macht geht“, nicht nur, daß „die einschlägigen Regelungen ‚im Lichte der Grundrechte‘ ausgelegt werden“: Nötigenfalls hätten die Grundrechte „als Elemente objektiver Ordnung des Gemeinwesens ihre Bindungswirkung unmittelbar gegenüber jenen Inhabern wirtschaftlicher oder sozialer Macht“ zu entfalten[90].

---

[85] *E. v. Hippel,* Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, S. 15.

[86] Der Normbereich eines Grundsatzes ist unbestimmter und weiter als jener einer Individualnorm, die bereits im Hinblick auf gewisse Gesellschaftsbereiche bestimmt worden ist.

[87] *J. P. Müller,* Soziale Grundrechte, S. 817.

[88] *K. Hesse,* Grundzüge, S. 141. Das Problem liegt wohl auch hier im Begriff der Freiheit.

[89] Ebd., S. 141. Mit dieser Schranke wird allerdings die Ausstrahlung der Pressefreiheit auf das Privatrecht verunmöglicht, wie *K. Wespi* (Die Drittwirkung der Freiheitsrechte, S. 63) treffend bemerkt.

[90] Ebd., S. 142. Etwas flexibler drückt sich *U. Scheuner* (Funktion der

Der Sache nach stimmen diese Überlegungen gut mit der hier vertretenen Auffassung überein, doch besteht keine Notwendigkeit, die Ausstrahlung der Grundrechte auf weitere Fälle von vornherein abzulehnen. Es sind grundrechtswidrige Persönlichkeitsverletzungen auch unter Privaten denkbar, die in einem Verhältnis der Gleichordnung stehen[91].

Die Ausstrahlung der Grundrechte auf die übrige Rechtsordnung ist vielmehr differenziert zu ermitteln.

Einmal ist „stets eine sorgfältige Differenzierung nach der Eigenart des in Frage stehenden Grundrechts und seiner Ordnungsprinzipien und Wertgehalte erforderlich"; sodann sind aber bei der Bestimmung der Entscheidungsrichtlinien „je nach den Lebens- und Rechtsverhältnissen der Privaten" Unterschiede zu machen[92].

Dabei geht es nicht darum, Drittwirkung als eine „Eigenschaft" eines bestimmten Grundrechts auszuweisen. Vielmehr ist sie das Ergebnis sach- und zielgerechter Rechtsanwendung. Die Grundrechte „gelten" im Privatrecht nur soweit, als sich dafür in ihnen ein sachgerechter Gehalt auffinden läßt: „Die Bewährung in der Sache ist das Kriterium der Übernahme[93]."

Die so gefaßte Ausstrahlung der Grundrechte bedeutet einmal, daß in der Rechtsanwendung — sei es bei der ‚systematischen Auslegung' oder bei der ‚Ermessenausübung' — die Grundrechte als Kriterien der Entscheidung beigezogen werden, soweit sie für die Fallentscheidung eine Richtlinie abzugeben vermögen. Dabei ist es von untergeordneter Bedeutung, ob dies mit „Drittwirkung" der Grundrechte oder mit „verfassungskonformer Gesetzesinterpretation" bezeichnet wird.

Zudem bedeutet diese Ausstrahlung aber auch, daß der Gesetzgeber seinerseits die Grundrechte als Kriterien zu beachten hat, wo immer seine Kompetenzen sich auf Gefahrenherde für grundrechtlich geschützte Rechtsgüter beziehen. Die Grundrechte setzen dem Gesetzgeber nicht nur eine Schranke, sondern auch ein Ziel, einen Auftrag[94].

Grundrechte, S. 508) aus, wenn er sagt, daß „dort die Drittwirkung am ehesten anzunehmen ist, wo es (sich) um Eindämmung sozialer Macht und ihres Gebrauchs oder um kollektive Vorgänge handelt".

[91] Z. B. Verletzungen des forum internum, besonders der Glaubenshaltung.

[92] *H. Huber,* Die Grundrechte in der Schweiz, S. 204. Vgl. auch *H. Oberhänsli,* Die Gewährleistung der Freiheitsrechte, S. 66; ebenso *J. P. Müller,* Die Grundrechte der Verfassung, S. 166 ff.; *R. A. Rhinow* spricht davon, daß jedes Grundrecht sich durch eine spezifische „Drittwirkungsbedürftigkeit" auszeichne, „je nachdem, ob es sich seiner Staatsgerichtetheit wegen überhaupt zur Drittwirkung eignet und welchen Gefahren der Grundrechtsträger durch nichtstaatliche Potenzen ausgesetzt sein kann" (Grundrechtskatalog, S. 235).

[93] *H. G. Hinderling,* Rechtsnorm und Verstehen, S. 240.

[94] So *U. Scheuner,* Funktion der Grundrechte, S. 507; *W. Schaumann,* Der

Sie verpflichten ihn zur verfassungskonformen Ausgestaltung der Gesetze.

233.5 Grundrecht und Verfassungsgrundsatz

Eine brauchbare Grundrechtstheorie muß auch etwas zur Klärung der Strukturen der Grundrechte beitragen. Dazu gehören vor allem die Figur des „Grundrechtskerns" oder des „Wesensgehalts" der Grundrechte, der „institutionelle Charakter" der Grundrechte und das Verhältnis von Verfassungsgrundsatz und Individualnorm. Die letzte Frage soll vorweggenommen werden, weil die Antwort dazu nach dem hier vorgeschlagenen Grundrechtsverständnis zur Klärung der beiden andern Problemkreise beiträgt.

Das Verhältnis von Grundsatz und Norm ist für das Privatrecht vor allem von *Josef Esser* untersucht worden. Er bestimmt das Verhältnis als jenes von Inhalt und Form[95]. Im kontinentalen Rechtssystem „unterscheidet nicht die ‚Abstraktheit' oder der ‚generelle Charakter' das Prinzip von der Norm, sondern die Bestimmbarkeit der Anwendungsfälle, welche den ‚Rechtssatz' auszeichnet"[96]. Stets „gibt der Rechtssatz für angebbare Fallgruppen eine Weisung", während das Prinzip „nicht selbst ‚Weisung', sondern Grund, Kriterium und Rechtfertigung der Weisung" ist[97]. Der Grundsatz ist nach Esser die „ratio legis" der Norm und bestimmt deren Standort im Ordnungszusammenhang. Zur konkreten positiven Weisung kann der Grundsatz werden, wenn entweder ein ableitungsfähiges System oder eine traditional gefestigte Methode für die Bildung der Einzelnorm dies gestattet[98].

Esser warnt vor der Verwechslung von Generaltatbestand und Rechtsprinzip. Die Generalklausel ist ein Rechtssatz und wird nur dann

---

Auftrag des Gesetzgebers zur Verwirklichung der Freiheitsrechte, S. 49 und passim; *J. P. Müller*, Die Grundrechte der Verfassung, S. 177 und Soziale Grundrechte, S. 812. Der Grundrechtsverwirklichung — insbesondere in bezug auf die Menschenwürde — durch Parlament und Regierung ist Ziffer 25 gewidmet.

[95] *J. Esser*, Grundsatz und Norm, S. 50.

[96] Ebd., S. 51. Der Unterschied liegt damit in der Bestimmtheit des Normbereichs.

[97] Ebd., S. 51 f. Ähnlich schon *H. Heller* (Staatslehre, S. 222): „Alle sittliche Verpflichtungskraft empfängt der Rechtssatz nur aus dem übergeordneten ethischen Rechtsgrundsatz. Dieser unterscheidet sich aber vom Rechtssatz durch den Mangel an Rechtssicherheit oder Rechtsgewißheit, die einerseits in der Sinngewißheit, in der Entschiedenheit des Norminhaltes, andererseits in der Gewißheit seiner Vollstreckung besteht ... Rechtsgrundsätze geben nur die allgemeinen Richtlinien an, auf Grund deren der Rechtszustand unter den Rechtsgenossen hergestellt werden soll; eine Entscheidung für den konkreten Fall geben sie nicht."

[98] *J. Esser*, S. 52 und 69. Die politischen Wertentscheidungen müssen jedoch bereits im Grundsatz enthalten sein: „Ein Prinzip mit noch politisch zu entscheidender Aufgabe kann nicht ‚juristisch' fixiert werden."

als Prinzip bezeichnet, wenn man den Unterschied zwischen Grundsatz und Norm „in der Ebene der Generalität der Anweisung sucht und nicht in der Frage nach der Qualität, nämlich der unmittelbaren Gültigkeit überhaupt“[99].

Das Kriterium der Qualität führt Esser zur Frage nach der Rechtsnatur des Grundsatzes: Rechtsprinzipien sind positives Recht nur insoweit, als sie „durch rechtsbildende Akte der Legislative, der Jurisprudenz oder des Rechtslebens institutionell verkörpert worden sind“[100], d. h. „soweit sie sich in konkreten Ordnungsformen Geltung verschafft haben“[101]. Damit wird die Rechtsverbindlichkeit des Grundsatzes von seinem Konkretisierungsgrad abhängig gemacht.

Wohl hat Esser seine Studie auf das Privatrecht ausgerichtet, doch stellen sich die Probleme im Verfassungsrecht auf ähnliche Weise.

Freilich hat *H. Krüger* recht, wenn er dartut, daß der Unterschied zwischen Grundrecht und Verfassungsgrundsatz weder strukturell (das eine als hypothetisches, der andere als apodiktisches Urteil) noch inhaltlich (in der ethischen Richtigkeit, im räumlichen, zeitlichen oder sachlichen Geltungsbereich) verstanden werden kann[102]. Man wird sich damit abfinden müssen, daß der Unterschied nicht klassifikatorisch, sondern nur in Bildern und daher in teilweise subjektiven Wertungen gefaßt werden kann[103].

Die Unterscheidung Essers nach den Kriterien von Inhalt und Form muß für die Grundrechte mißlingen, weil den meisten Grundrechten die Form des Rechtssatzes fehlt. Sie erklären nur die Rechtsverbindlichkeit eines normativen Inhaltes und fallen damit unter die positivrechtlich verbindlichen Grundsätze im Sinne Essers[104]. Die Unterscheidung des Grundsatzes vom Rechtssatz und der Generalklausel wird auf diese Weise sinnlos, weil sich die Grundrechte auf der Grenzlinie dieser Unterscheidung befinden, besser: weil sie alle drei Kategorien umschließen.

Zurück bleibt das gemeinsame Problem: die Anwendung des Grundsatzes erfordert seine Konkretisierung zur sachgerechten Weisung, ins-

[99] Ebd., S. 95.

[100] Ebd., S. 132.

[101] Ebd., S. 134.

[102] Der Verfassungsgrundsatz, S. 196 ff. und 200 ff.

[103] Ebd., S. 203. Mit Recht frägt sich daher *H. Huber* (Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, S. 112), ob die Gruppierung in Rechtsgrundsätze und in Rechtssätze im Verfassungsrecht seine Berechtigung habe: „In einem gewissen Sinn sind schließlich alle Normen des materiellen Verfassungsrechts als richtungsgebende Normen Rechtsgrundsätze.“ Dazu ausführlich *P. Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 61 ff.

[104] So sind auch für *E. v. Hippel* (Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, S. 15) die Grundrechte „(bloße) Grundsatznormen“, die der Konkretisierung bedürfen.

besondere die nähere Bestimmung seines Normbereichs. Im Rahmen des hier vertretenen Grundrechtsverständnisses sind Verfassungsgrundsatz und Grundrecht Normen mit unterschiedlich bestimmtem Normbereich und Entscheidungswert. Und zwar sind sie das nicht „objektiv", sondern je bezogen auf die zur Entscheidung stehende Frage. Dasselbe Grundrecht kann für den einen Fall die maßgebende Weisung für die Entscheidung abgeben, im andern Fall aber bloß mittelbar als Richtlinie neben oder hinter anderen gelten.

Der Verfassungsgrundsatz läßt sich somit als normative Richtlinie umschreiben, die bei der Beurteilung eines Rechtsanspruchs zu berücksichtigen ist, der sich vornehmlich auf eine andere Rechtsgrundlage stützt. Als Verfassungsgrundsatz wirken die Grundrechte im hauptsächlichen Normbereich anderer Grundrechte (oder Rechtsnormen überhaupt).

Diese Umschreibung erklärt auf befriedigende Weise die Praxis des Bundesgerichts, das die Grundrechte als Grundsätze dort beizieht, wo es sich noch nicht zu deren unmittelbaren Anwendung durchgerungen hat (v. a. bei den „besonderen Rechtsverhältnissen"). Sie gestattet auch, die Ausstrahlung der Grundrechte auf andere Grundrechte einerseits, sowie auf die übrigen Teile der Rechtsordnung begrifflich zu fassen.

Freilich gibt es auch Verfassungsgrundsätze, denen (bisher) kein besonderer Normbereich zugesprochen ist, in welchem sie die hauptsächliche Weisung für die Entscheidung abgeben, also als Individualrecht wirken. Sie sind in ihrem Normbereich so umfassend und unbestimmt, daß sie nicht zum Rechtssatz konkretisiert werden können. Zu diesen Verfassungsgrundsätzen sind die Rechtsgleichheit, das Legalitätsprinzip und das Erfordernis des öffentlichen Interesses zu zählen. Das Bundesgericht reiht bisher auch das Verbot materieller Willkür in diese Gruppe ein, wie die Rechtsprechung über die Legitimation der Ausländer zur staatsrechtlichen Beschwerde zeigt[105]. Auch die Menschenwürde wird vom Bundesgericht ähnlich behandelt, indem sie nur über die persönliche Freiheit zum unmittelbar anwendbaren Grundrecht wird[106].

Andere Verfassungsnormen, die meist als Verfassungsgrundsätze bezeichnet werden, haben einen bestimmbaren Normbereich und entfalten daher die Wirkung eines Individualrechts: So der Grundsatz von Treu und Glauben oder das Verbot der Rückwirkung, für welche je

---

[105] Vgl. vorne Ziffer 225.4.

[106] Die Möglichkeiten der Konkretisierung der Menschenwürde und des Verbots materieller Willkür zu konkreten Grundrechten werden hinten in Ziffer 242 und im dritten Teil der Arbeit aufgezeigt.

bestimmte Fallgruppen angegeben werden können, die sie selbständig regeln.

233.6 Institutionelles Rechtsdenken

Wird den Grundrechten im beschriebenen Sinne die Wirkung von Verfassungsgrundsätzen zugeschrieben, so löst sich das Problem der „Institutionalisierung" der Grundrechte auf saubere Weise.

Um die Fixierung der Grundrechte auf bloße Abwehrrechte gegenüber dem Staat zu überwinden, hat die Lehre vielfach zu einem „institutionellen Rechtsdenken" gegriffen und versucht, den Grundrechten einen „institutionell-funktionalen" Gehalt[107] zu entnehmen, der es erlaubte, die Grundrechte als „konstitutive Elemente des verfassungsrechtlichen Wertsystems"[108] zu verstehen, um auf diese Weise ihre ursprüngliche Bedeutung unter den gewandelten Verhältnissen des modernen Leistungsstaates retten zu können.

Diese Anpassung des Grundrechtsgehaltes wurde nur dank einer soziologischen Betrachtungsweise möglich, welche die Diskrepanz von Grundrechtsanspruch und Grundrechtswirklichkeit erfassen kann. Aus der Sicht des Soziologen aber erscheinen die Grundrechte (genauer: die grundrechtlich geschützten Lebensbereiche) als Institutionen[109]. Die Grundrechte werden unter dem Aspekt ihrer Funktion für das soziale System untersucht. Unter diesem Aspekt ergibt sich dann ihr institutioneller Charakter[110].

Für den Juristen liegt die Bereicherung durch den soziologischen Ansatz darin, daß das Tatsächliche „in die normative Betrachtung einbezogen" werden kann[111]. Dies kann jedoch nicht auf beliebige Weise geschehen. Der Wirklichkeitsbezug der Grundrechte besteht darin, daß sie „für gesellschaftliche Institutionen normative Regelungsmodelle beinhalten, gleichzeitig aber durch Rückkoppelungsbeziehungen zu diesen Institutionen umweltempfindlich gemacht sind"[112].

Das Verhältnis von Grundrecht und Institution läßt es nicht zu, daß die Grundrechte selber als Institutionen bezeichnet werden; die Insti-

[107] *U. Scheuner,* Funktion der Grundrechte, S. 508.

[108] *P. Häberle,* Wesensgehaltgarantie, S. 11.

[109] Vgl. ebd., S. 70 ff.; *N. Luhmann,* Grundrechte als Institution, S. 23 und passim.

[110] Vgl. *H. Willke,* Grundrechtstheorie, S. 120 (kritisch zu *P. Häberle*). Institutionelles Rechtsdenken in diesem soziologischen Sinn entspricht nicht mehr der Lehre Carl Schmitts von den Instituts- und institutionellen Garantien. So wendet sich *E. Friesenhahn* (Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, S. G 26) dagegen, diese Begriffe aufzugeben oder zu „verunklaren".

[111] *P. Häberle,* Wesensgehaltgarantie, S. 110.

[112] *H. Willke,* Grundrechtstheorie, S. 132.

tutionen sind höchstens „Objekt der Grundrechtsgarantien“[113]. Genauer: die Institution ist die soziologische Deutung des Lebensbereiches, aus dem die juristische Deutung die Sachstrukturen des Normbereichs eines Grundrechts entnimmt. Die Verhältnisse werden bereits verwischt, wenn in abgekürzter Formel gesagt wird, die Institutionen bildeten den Normbereich der Grundrechte, weil die Elemente des Normbereichs dem Sachbereich aus der verbindlichen Perspektive der Norm und nicht aus der Sicht des Soziologen zu entnehmen sind. Freilich vermag die Soziologie bei der Erkenntnis der Sachstrukturen des Sachbereichs große Hilfe zu leisten[114]. In der Grundrechtskonkretisierung kann aber „institutionelles Grundrechtsdenken“[115] nur Verwirrung stiften.

Unversehens wird aus dem institutionellen Lebensbereich[116] der „institutionell geschützte Lebensbereich“[117], aus dem die „Institutionalisierung der Grundrechte“[118] entspringt. Damit ist der „Doppelcharakter“ der Grundrechte legitimiert und wesensmäßig begründet. Das gestattet „gegebenenfalls Begrenzungen der Grundrechte als subjektive Individualrechte ... im Interesse der Grundrechte als Institute, wie ihnen umgekehrt um einer Stärkung der objektiven Lebensverhältnisse und ihrer institutionellen Bedeutung willen subjektive öffentliche Rechte einzelner oder Gruppen entspringen müssen“[119]. Nach welchen Kriterien dabei die Befugnisse und Begrenzungen bestimmt werden sollen, wenn nicht durch die ohnehin stattfindende allseitige Abwägung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte, ist unklar. Häberles Versuch, den Konflikt zwischen öffentlichen und privaten Interessen aus dem Spannungsraum zwischen einem Freiheitsrecht und andern verfassungsrechtlichen Rechtsgütern in das Grundrecht hinein zu verlagern[120], ist nicht geeignet, die Transparenz der Güterabwägung[121], die er fordert, zu erhöhen. Es besteht die Gefahr, daß die öffentlichen und

---

[113] *P. Saladin,* Funktion der Grundrechte, S. 545.

[114] Ihre Bedeutung für die Kritik an Staat, Recht und Rechtswissenschaft ist unschätzbar, vgl. z. B. *H. Rottleuthner,* Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft.

[115] *P. Saladin,* Funktion der Grundrechte, S. 547.

[116] *P. Häberle,* Wesensgehaltgarantie, S. 96.

[117] Ebd., S. 99.

[118] Ebd., S. 72. Die Kritik am institutionellen Grundrechtsdenken wird hier nur am Beispiel Häberles exemplifiziert, gilt aber allgemein.

[119] Ebd., S. 100 f.

[120] Ebd., S. 23; kritisch dazu *H. Willke,* Grundrechtstheorie, S. 112. Es ist nicht zu bestreiten, daß alle Rechtsnormen im weiteren Sinn „zugleich den Schutz von öffentlichen und privaten Interessen bezwecken“; doch ergeben sich daraus keine Entscheidungskriterien. Kritisch auch *H. Klein,* Die Grundrechte im demokratischen Staat, res publica Bd. 26, Stuttgart 1972, S. 61 ff.: „Das Problem wird verschoben, aber nicht gelöst“ (S. 62).

[121] *P. Häberle,* Wesensgehaltgarantie, S. 31.

privaten Interessen vorschnell zu vermeintlicher Harmonie vereint werden, oder daß aus dem institutionellen Bereich öffentliche Interessen erwachsen, die verfassungsrechtlich nicht legitimiert sind[122].

Die Rechtsgüterabwägung sollte in einem Verfahren erfolgen, das konsequent verfassungsorientiert ist[123]. Dafür ist institutionelles Rechtsdenken überflüssig. „Was Institutionsdenken durch methodische Richtigkeitskontrolle der praktischen Konkretisierung leisten kann, ist bereits in der systematischen Interpretation enthalten. Ein zusätzlicher Erkenntniswert innerhalb normgebundener Rechtsgewinnung ist nicht feststellbar. Der Versuch, durch Denken ‚in Institutionen' Brükken zwischen normativen und realen Elementen zu schlagen, geht entweder in herkömmlicher systematischer Auslegung auf oder muß über die Norm hinauszielen[124]."

Das institutionelle Grundrechtsdenken hat zweifellos seine Berechtigung darin gehabt, zur Überwindung tradierter Vorstellungen beizutragen. Auf die Dauer aber wird es mit Vorteil auf den sachlichen Konkretisierungsvorgang zurückgeführt, in dem der Grundsatzgehalt eines Grundrechtes zur sachbestimmt-zielorientierten Entscheidungsnorm ausgeweitet wird. Das differenzierte Abwägen aller relevanten Verfassungsnormen und die sorgfältige Analyse der ihnen zugehörigen Normbereiche ergeben auf zuverlässigere Weise die geforderte Antwort der Grundwerte unserer Rechtsordnung auf die veränderten gesellschaftlichen und sozialstaatlichen Verhältnisse.

Zur Kennzeichnung dessen, was mit dem ‚institutionellen Charakter' der Grundrechte gemeint war, benutzt man besser den Begriff des Grundsatzes oder des Grundsatzgehaltes der Norm[125].

Die Besinnung auf den Grundsatzgehalt der Grundrechte macht auch die schwer verständlichen Wendungen überflüssig, in denen das Bundesgericht dem Gesetzgeber verwehrt, ein Grundrecht „seines Gehalts als fundamentale Institution unserer Rechtsordnung (zu) entleeren"[126].

---

[122] Vgl. *H. Willke*, S. 112.

[123] Das fordert auch *Häberle* (Wesensgehaltgarantie, S. 32).

[124] *F. Müller*, Methodik, S. 79. Vgl. S. 148, wo Müller darlegt, daß die systematische Konkretisierung „in aller Regel neben dem argumentatorisch dargestellten Kontext der Wortlaute zugleich den Zusammenhang der sachlichen Strukturen der Regelungsbereiche" umfaßt.

[125] So genügt es, die Deutung der Grundrechte als „verfassungsmäßige Leitgrundsätze" (*P. Saladin*, Funktion der Grundrechte, S. 544) ernst zu nehmen, um auf institutionelle Garantien verzichten zu können. Auch für *W. Schaumann* sind „institutionelle Garantien" gleichbedeutend mit „Grundsätzen, die sich auf die gesamte Rechtsordnung auswirken" (Der Auftrag des Gesetzgebers, S. 49).

[126] Z. B. BGE 97 I 45 ff., 50.

Gemeint ist einfach, daß das Grundrecht als Grundsatz auch für den Gesetzgeber verbindlich ist.

Diese Verbindlichkeit gilt sodann nicht nur im Sinne der Begrenzung der Staatsaufgaben. Der Grundsatzgehalt der Grundrechte setzt der Staatstätigkeit nicht bloß Schranken und Verbote, die dort anzusetzen sind, wo ein Grundsatz verletzt wird; Grundsätze sind immer auch Gebote, die einzuhalten sind und damit dem Staat und insbesondere dem Gesetzgeber Aufträge zu bestimmter inhaltlicher Ausgestaltung der Rechtsordnung erteilen. Der Gesetzgeber ist ebenso zur Konkretisierung der Verfassungsgrundsätze verpflichtet, wie der Richter: In all jenen Anwendungsgebieten, in denen der Grundsatz der Ergänzung oder Ausgestaltung durch andere Normen bedarf, um seiner Intention gemäß wirksam zu werden, hat der Gesetzgeber jene Normen zu erlassen, die erforderlich sind, um den Grundsatz justiziabel zu machen.

Das vorgeschlagene Grundrechtsverständnis vermag somit ohne Rückgriff auf institutionelles Rechtsdenken auch jene „kopernikanische Umwertung" der Grundrechte einzufangen, die *P. Saladin* vor allem darin erblickt, „daß in vielen Verfassungsnormen, unter anderm in den Grundrechten, ein umfassender, lückenloser Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber gesehen wird"[127].

233.7 Kern und Wesensgehalt der Grundrechte

In gleicher Weise erübrigt sich der Streit um den Kern- oder Wesensgehalt der Grundrechte.

Die Auseinandersetzung, die sich vor allem um die Bedeutung der Wesensgehaltgarantie von Artikel 19 Absatz 2 des Bonner Grundgesetzes dreht, wird von zwei gegensätzlichen Thesen beherrscht: Nach der einen, absoluten Theorie wird den Bürgern in jedem Grundrecht ein materieller Mindestinhalt des betreffenden Rechts gewährleistet, der vom Gesetzgeber nicht beeinträchtigt werden darf. Nach der andern, relativen Theorie, ist eine solche „raum-körperhafte" Vorstellung zu überwinden und die Durchsetzung des Grundrechtsgehaltes der Rechtsgüterabwägung anzuvertrauen: „Jede Grundrechtsnorm gilt *zwar* nur, aber *auch immer,* wenn und soweit dem geschützten Freiheitsinteresse

---

[127] Funktion der Grundrechte, S. 548 (in Abgrenzung zu *W. Leisner*); vgl. Grundrechte im Wandel, S. 309. Zu den Grundrechten als „institutionelle Garantien" oder Grundsätze meint *W. Schaumann* (Der Auftrag des Gesetzgebers, S. 49): „Grundrechte in einem so weit verstandenen Sinne wenden sich notwendig an alle staatlichen Organe und erscheinen als Leitgrundsätze für Ligislative, Exekutive und Judikative. Als Grundsätze für die Legislative geben sie dieser den Auftrag, die Freiheit in ihrem weitesten Sinne zu schützen und zu verwirklichen". Vgl. *J. P. Müller,* Soziale Grundrechte, S. 812 und *F. Gygi,* Wirtschaftsverfassung, S. 352 f.

keine höherwertigen Interessen entgegenstehen[128]." Nach dieser Auffassung hat Art. 19 Abs. 2 GG nur deklaratorische Bedeutung[129].

Sowohl im System der praktischen Konkordanz *K. Hesses*, wie in jenem der ‚immanenten' Bestimmung der Grundrechtsgrenzen nach *P. Häberle* erweist sich die Frage nach der relativen oder absoluten Wesensgehaltstheorie als Scheinalternative[130]. Nach P. Häberle ergibt sich aus der Wechselbeziehung zwischen den einzelnen Verfassungsrechtsgütern jener ‚Kern' als Bereich der Freiheit, „von dem ab es fraglos keine legitimen grundrechtsbegrenzenden gleich- oder höherwertigen Rechtsgüter mehr gibt"[131].

Aus der Warte des hier vertretenen Grundrechtsverständnisses ist es wenig sinnvoll, von einem Grundrechtskern zu sprechen. Mit dieser Konstruktion kann letztlich nur gemeint sein, daß die Konkretisierung sich streng an die Grundwerte der Verfassung zu halten und die Grundsatzgehalte der Grundrechte so zu berücksichtigen habe, daß sie nur soweit vor andern verfassungsmäßigen Rechtsgütern zurücktreten, als diese im Einzelfall begründeten Vorrang verdienen[132].

---

[128] *E. v. Hippel*, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, S. 50. „Je empfindlicher eine gesetzliche Regelung den einzelnen in seinen Freiheitsinteressen trifft, je belastender sie sich für ihn auswirkt, um so geringer wird der dem Gesetzgeber verbleibende Spielraum, desto mehr verstärkt sich also der Schutz zugunsten des Betroffenen" (S. 61). Ebenso *H. G. Hinderling*, Rechtsnorm und Verstehen, S. 233 ff. (in teilweiser Anlehnung an das Konzept Scheuners von der ‚inneren Mitte' der Grundrechte; vgl. vorne Ziffer 231.2, die drei Stufen im Grundrechtsverständnis Scheuners).

[129] *K. Hesse*, Grundzüge, S. 132.

[130] *P. Häberle*, Wesensgehaltgarantie, S. 64. Nach *H. Oberhänsli* (S. 101) liegt der Wesensgehalt der Grundrechte „in der Wechselbeziehung von Freiheit und Verantwortung, welche den Menschen als Individual- und Sozialperson auszeichnen". Auch damit wird die Alternative abgelehnt. *G. Hug* (Persönliche Freiheit und besondere Gewaltverhältnisse, S. 28) lehnt die Annahme eines absolut geschützten Wesenskerns der Grundrechte ebenfalls ab, allerdings mit der fragwürdigen Begründung, die öffentliche Ordnung sei der höhere Wert als die Freiheit des Individuums und die einzelnen Freiheiten seien nur unter Vorbehalt der öffentlichen Ordnung und der besonderen Gewaltverhältnisse gewährleistet (vgl. auch S. 43). Diese Begründung läßt leicht vergessen, daß die öffentliche Ordnung von den Freiheitsrechten wesentlich mitbestimmt wird.

Nach *H. Jäckel* (Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, Eine rechtsdogmatische Studie zu Art. 19 Abs. 2 GG, Berlin 1967) schützt die Wesensgehaltgarantie nicht den einzelnen, sondern bloß die Grundrechte insgesamt vor Aufhebung oder wesentlicher Beeinträchtigung. Damit erhielte Art. 19 Abs. 2 GG die Bedeutung einer „Institutionellen Garantie" ohne individualrechtliche Wirkung (vgl. bes. S. 59, 61 ff. und 140).

[131] *P. Häberle*, Wesensgehaltgarantie, S. 64. Streng genommen muß die Frage nach der Existenz eines solchen Bereiches immer offen bleiben, will man nicht doch einen absoluten Kern festlegen.

[132] Die Wesensgehaltgarantie reduziert sich so auf die Pflicht (auch des Gesetzgebers) zur sach- und zielgerechten Konkretisierung. Eine andere Frage ist die eines absoluten Schutzes gewisser Grundprinzipien einer Verfassung

Mit Recht weist denn auch *J. P. Müller* darauf hin, daß „jede äußere, d. h. rechtlich faßbare Freiheitsbetätigung ... virtuell durch überwiegende Gemeinschaftsinteressen (Verbrecherverfolgung, militärische Verteidigung, Staatsschutz u. a.), wenn auch zeitlich beschränkt, tatsächlich in vollem Umfang einschränkbar" ist[133]. Der Schutz des Wesensgehalts ist daher als unbedingte Forderung zu verstehen, „auch angesichts ganz elementarer Gemeinschaftsbedürfnisse den Einzelmenschen in seinem Eigenwert zu achten und jedes staatliche Handeln soweit nur möglich an den elementaren Erfordernissen der Persönlichkeitsentfaltung, wie sie in den einzelnen Grundrechten Gestalt gefunden haben, auszurichten"[134].

An die Stelle der Aussage über eine vorgegebene Qualität der Grundrechte: ihren Kern- oder Wesensgehalt, sollte eine Frage treten, die geeignet ist, im Rahmen der Konkretisierung die Wirkung der Grundrechte voll zur Geltung zu bringen: Welche Beschränkung des öffentlichen Interesses verlangt das Grundrecht? oder genauer: welche Beeinträchtigungen jener öffentlichen Güter, die das öffentliche Interesse ausmachen, sind aus Gründen des Grundrechtsschutzes geboten? Mit dieser Gegenfrage zur üblichen, die nach den im öffentlichen Interesse zulässigen Beschränkungen der Grundrechte fragt, setzt die Güterabwägung beim Grundrecht an und verleiht ihm die Bedeutung eines öffentlichen Gutes, das im Einzelfall die andern Güter überwiegen kann[135]. Damit wird ein optimaler Grundrechtsschutz gewährleistet.

233.8 Relativierung der Streitpositionen

Die Auseinandersetzung mit einigen zentralen Problemen der Grundrechtstheorie hat ergeben, daß viele Lehrstreite über die Natur und das Wesen der Grundrechte, ihre Geltung und Wirkung anhand des vorge-

---

vor dem Verfassungsgeber selber, wie in Art. 79 Abs. 3 GG postuliert. Ob daraus für die Konkretisierung eine Rangordnung der Rechtsgüter abzuleiten sei, kann hier offen bleiben, da sich die vorliegende Arbeit auf das schweizerische Verfassungsrecht bezieht, das keine entsprechende Vorschrift kennt. Für die These, daß die Bundesverfassung dennoch einen entsprechenden absoluten Schutz kenne, vgl. *P. Siegenthaler*, Die materiellen Schranken der Verfassungsrevision als Problem des positiven Rechts (Bern 1970) und die darin zitierte Literatur.

[133] *J. P. Müller*, Die Grundrechte der Verfassung, S. 104.

[134] Ebd., S. 105. In bezug auf das Recht auf Leben scheint *J. P. Müller* nun aber einen absolut geschützten Bereich zu anerkennen (der hier den ganzen Geltungsbereich des Grundrechts ausmacht, weil es nur ganz oder gar nicht eingeschränkt werden kann). Immerhin klammert J. P. Müller hier, wo es um Fragen der Organtransplantation ging, verständlicherweise jene Probleme aus, bei denen sich der „absolute" Schutz des Rechts auf Leben erst eigentlich bewähren müßte: das Problem der Todesstrafe und die Tötung im Krieg, ebenso die Fragen von Notwehr und Notstand (Recht auf Leben, S. 461).

[135] Vgl. hierzu vorne Ziffer 222.4.

schlagenen Grundrechtsverständnisses relativiert werden können, wenn sie auf das Problem zurückgeführt werden, das sie zu lösen versuchen: die zielorientierte und sachgerechte Konkretisierung der Grundrechtsgehalte im Hinblick auf die aktuellen Gefährdungen des Menschen in der modernen Gesellschaft.

In diesem Sinn stellt der hier vertretene Vorschlag auch einen Versuch dar, zu der von *P. Saladin* geforderten „Relativierung der Streitpositionen"[136] etwas beizutragen.

Darüber hinaus bringt der Vorschlag aber auch die begrifflichen und methodischen Mittel, um den Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in seiner ganzen Bedeutung zu erfassen.

24 Zusammenfassung: Deutung und Kritik der Praxis zur Menschenwürde

Mit Hilfe des gewonnenen Grundrechtsverständnisses und der differenzierten Methodik lassen sich Gehalt und Wirkung der Menschenwürde, wie sie vom Bundesgericht bestimmt worden sind, besser umschreiben, als dies bisher möglich war[1]. Darüber hinaus läßt sich aber auch zeigen, wo Möglichkeiten der Weiterentwicklung der Praxis liegen, die vom Bundesgericht wegen seines Grundrechtsverständnisses bisher nicht wahrgenommen worden sind.

241 Gehalt und Wirkung der Menschenwürde vor Bundesgericht

241.1 Der materielle Gehalt

Das Bundesgericht beruft sich auf unterschiedliche Bestimmtheitsgrade der Menschenwürde. Entsprechend wechselt auch der Weisungsgehalt, der den Aussagen des Gerichts für die einzelne Fallentscheidung entnommen werden kann.

Als Programmsatz verpflichtet die Menschenwürde alle Behörden, ihre Entscheidungen auf eine Wertordnung auszurichten, die von der Werthaftigkeit des Menschen ausgeht. Damit wird ein normatives Vorverständnis ausgesprochen, das die Anerkennung des Eigenwerts des Individuums fordert und den Schutz der Persönlichkeit des Menschen gebietet[2].

Dieses Leitbild hat das Bundesgericht nach verschiedenen Lebensbereichen hin zu durchsetzbaren Ansprüchen konkretisiert:

---

[136] *P. Saladin*, Grundrechte im Wandel, Vorwort zur zweiten Auflage (1975), S. XXI.

[1] Vgl. eine erste Zusammenstellung vorne unter Ziffer 217.

[2] Vgl. BGE 97 I 45 ff., 49 f.

Im Verfahrensrecht bedeutet die Anerkennung des Eigenwerts und der Persönlichkeit des Menschen die Achtung der Subjektqualität des Betroffenen: Er darf niemals bloß Objekt der behördlichen Entscheidung sein, sondern hat Anspruch darauf, als Gesprächspartner der Behörde am Entscheid über sein Schicksal mitzuwirken[3]. Dieser Anspruch wird ergänzt durch das Recht des Bürgers, auf die Zusicherungen der Verwaltung zu vertrauen: Die Pflicht der Behörden zur Wahrung von Treu und Glauben im Verwaltungshandeln ist Ausdruck der Achtung der Person des Betroffenen.

Als Freiheitsschutz heißt Anerkennung des Eigenwerts und der Persönlichkeit des Menschen die Gewährleistung eines Mindestmaßes persönlicher Entfaltung auch unter den extremen Bedingungen des Freiheitsentzuges durch den Staat: Ein gewisses Mindestmaß an Bewegung, Hygiene, freier Betätigung und zwischenmenschlicher Beziehung darf auch im Gefängnis trotz praktischer Schwierigkeiten niemals unterschritten werden[4]. Die Grenze zulässiger Beschränkung ist für jeden Entfaltungsbereich nach Maßgabe seiner Bedeutung für die Existenz der menschlichen Person zu bestimmen[5].

Als Persönlichkeitsschutz bedeutet die Anerkennung der Würde des Menschen Achtung seines Gefühlslebens und Schutz seiner geistigen Integrität: Im Gefängnis ist der affektive Wert persönlicher Gegenstände zu berücksichtigen[6]; der zivilrechtliche Ehrenschutz kennt hinter allen Rücksichten auf soziale Stellung und Umgebung des Betroffenen ein Mindestmaß an Würde, das jedem Menschen gleich zukommt[7]; die geistige und sittliche Individualität auch des Sterbenden verlangt die Duldung der von ihm gewünschten Bestattungsart durch den Staat[8]; schließlich verbietet es die Achtung vor der geistigen Integrität des Menschen den Behörden der Strafverfolgung, das bewußte Urteil des Beschuldigten und seine Fähigkeit zu vernunftgemäßem Handeln zu beeinträchtigen[9].

Dem Persönlichkeitsschutz nahe steht die Bedeutung der Menschenwürde, die den Behörden den Mißbrauch der Macht über den anvertrauten Bürger untersagt: Der Strafvollzug hat von schikanösen, sachlich nicht begründeten Grundrechtsbeschränkungen frei zu sein[10]. Die

---

[3] ZBl 65 (1964), S. 216.

[4] BGE 99 I a 262 ff., 272.

[5] Vgl. ebd., S. 284.

[6] Ebd., S. 273; 102 I a 279 ff., 287.

[7] BGE 100 II 177 ff., 179.

[8] BGE 45 I 119 ff., 132 f.

[9] Zum Beispiel durch Versetzung in den Zustand der Trunkenheit: BGE 90 I 29 ff., 36.

[10] BGE 99 I a 262 ff., 272.

Gefangenen sind vor der Ausbeutung ihrer Arbeitskraft geschützt: Ihr Anspruch auf verfassungskonforme Entlöhnung wäre verletzt, wenn ihnen der Wert ihrer Arbeit mißbräuchlich vorenthalten würde[11].

Abgesehen von konkreten Rechtsansprüchen, die sich aus der Menschenwürde ergeben, nennt das Bundesgericht Freiheiten und Persönlichkeitsrechte, die mehr als Grundsätze oder Richtlinien zu verstehen sind und einen geringeren Bestimmtheitsgrad aufweisen als die genannten Einzelansprüche, aber doch schon verbindlichere Aussagen über den Gehalt der Menschenwürde darstellen als der bloße Programmsatz.

Zu diesen Grundsatzgehalten ist jedenfalls eine vage[12] Freiheit des Bürgers zu zählen, die ihm gestattet, „über seine Lebensweise zu entscheiden, insbesondere seine Freizeit zu gestalten, Beziehungen zu seinen Mitmenschen anzuknüpfen und sich Kenntnis über das Geschehen in seiner näheren und weiteren Umgebung zu verschaffen"[13]. Damit sind bloß einige Prinzipien als Gesichtspunkte für die Fallentscheidung angegeben: die Autonomie des Individuums, sein Anspruch auf zwischenmenschliche Kommunikation und auf Transparenz seiner Lebensverhältnisse.

Ähnliche Hinweise grundsätzlicher Art ergeben sich aus dem Gehalt der unverzichtbaren und unverjährbaren Rechte, die in besonderem Maße der Menschenwürde zugeordnet sind: Abgesehen von der persönlichen Freiheit und der Glaubens- und Gewissensfreiheit, die einen Intimbereich der menschlichen Person kennzeichnen, der als unmittelbares Schutzgut der Menschenwürde gelten kann, deuten Niederlassungsfreiheit und Ausweisungsverbot auf die freie Wahl und die Sicherung des Lebensraumes, Kultus- und Ehefreiheit auf die soziale Seite des Menschen und seine Teilhabe an mitmenschlicher Gemeinschaft und das Verbot des Schuldverhafts auf den Vorrang der Persönlichkeit über materielle Werte.

Hierher gehört schließlich noch der (unausgesprochene) Grundsatz der persönlichkeitsbezogenen Grundrechtsinterpretation, der sich zum Beispiel darin äußert, daß das rechtliche Gehör dort umfassend gewährleistet wird, wo es um höchstpersönliche Rechte des Bürgers geht[14]; oder daß der Boykott als Verletzung des Rechts auf Achtung und Geltung der Persönlichkeit im Geschäftsverkehr, als Angriff auf die Person des Wirtschaftenden gewertet wird[15], oder daß die Meinungsäußerungsfrei-

---

[11] Ebd., S. 277.

[12] Vgl. *A. Grisel*, La Liberté Personelle, S. 556.

[13] BGE 97 I 839 ff., 842.

[14] BGE 87 I 153 ff., 155; vgl. 83 I 240 ff., 241.

[15] BGE 86 II 365 ff., 376.

heit des Verhafteten innerhalb des ehelichen Intimbereichs verstärkten Schutz genießt[16].

Diese Elemente lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde beinhaltet nach der Praxis des Bundesgerichts die verfahrensrechtliche Garantie der Subjektqualität des Betroffenen, ein Mindestmaß persönlicher Entfaltungsfreiheit, Elemente eines öffentlichrechtlichen Persönlichkeitsschutzes und Kriterien eines Verbots von Machtmißbrauch; hinzu kommen andeutungsweise die Topoi der Autonomie des Individuums, der Kommunikation und der Transparenz der Verhältnisse, sowie die Bedeutung von Intimbereich, Lebensraum und Teilhabe an mitmenschlicher Gemeinschaft für den Menschen und der Vorrang der Person vor dem Sachwert, sodann aber auch der Grundsatz der persönlichkeitsbezogenen Grundrechtsinterpretation.

241.2 Die Wirkungsweise

Diesem vielfältigen Bündel von Rechten, Grundsätzen und Gesichtspunkten entsprechen unterschiedliche Wirkungsbereiche und -arten, die den verschiedenen Konkretisierungsbereichen und -graden der Menschenwürde zugehören:

Zu unmittelbar anspruchsbegründenden Individualrechten sind folgende Teilgehalte der Menschenwürde konkretisiert worden:

— Die Garantie eines Mindestmaßes persönlicher Entfaltungsfreiheit wird durch das Grundrecht der persönlichen Freiheit gewährt,
— Elemente eines öffentlichrechtlichen Persönlichkeitsschutzes finden sich ebenfalls vorwiegend in der persönlichen Freiheit,
— die verfassungsrechtliche Garantie der Subjektqualität des Betroffenen drückt sich im Verbot formeller Rechtsverweigerung aus und
— die Kriterien eines Verbots von Machtmißbrauch gelten sowohl im Bereich der persönlichen Freiheit wie in jenem des materiellen Willkürverbots.

Die Grundsatzgehalte der Menschenwürde sind teils selbständig wirksam, teils über Einzelgrundrechte konkretisiert.

Besonders deutlich finden sich Teilgehalte im Schutzgut unverzichtbarer und unverjährbarer Rechte ausgeformt:

— Der persönliche Intimbereich findet besonderen Schutz in der persönlichen Freiheit und der Religionsfreiheit,
— die freie Wahl des Lebensraums wird durch die Niederlassungsfrei-

[16] BGE 101 I a 148 ff., 153.

heit, das Recht, in diesem Raum zu leben, durch das Ausweisungsverbot gesichert,

— die Teilhabe an der Gemeinschaft findet einen Hort in Kultus- und Ehefreiheit, während

— der Vorrang der Person vor dem Sachwert sich im Verbot des Schuldverhafts erkennen läßt.

Selbständig wirkt vor allem das Prinzip der persönlichkeitsbezogenen Grundrechtsinterpretation. Es dient unmittelbar jener entscheidenden Auswirkung von Menschenwürde und persönlicher Freiheit auf Inhalt und Umfang der übrigen Freiheitsrechte, von der das Bundesgericht spricht[17]. Diese Auswirkung ergibt sich zwangslos aus dem erhöhten Unbestimmtheitsgrad dieses Prinzips: Es finden sich darin die Grundgehalte sämtlicher Ansprüche und Gesichtspunkte, die materielle Teilgehalte der Menschenwürde ausmachen. Was jeweils Inhalt der Forderung nach persönlichkeitsorientierter Interpretation ist, ergibt sich aus der Auswahl der relevanten Teilgehalte im Hinblick auf die Gefährdung im Einzelfall.

Im Rahmen dieser Breitenwirkung der Menschenwürde ist auch die Geltung der Gesichtspunkte der Autonomie, der Kommunikation und der Transparenz zu suchen.

Das Verhältnis der Menschenwürde zu den Einzelgrundrechten kann durchwegs als jenes von Verfassungsgrundsatz und Individualrechtsnorm verstanden werden: Die Menschenwürde bildet einen Grundsatzgehalt virtuell aller Grundrechte — bei der persönlichen Freiheit umfaßt sie beinahe den gesamten grundsätzlichen Gehalt, bei den qualifizierten Grundrechten deren wesentlichsten Aspekt und bei den übrigen bloß untergeordnete Teile ihres Grundgehalts. Die systematische Konkretisierung der einzelnen Grundrechte bestimmt den angemessenen Inhalt der Richtlinie, welche die Menschenwürde für die Beurteilung des Einzelfalles abgibt.

In diesem Sinne trifft es zu, daß Menschenwürde und persönliche Freiheit nicht „angerufen" werden können, wenn ein anderes Grundrecht „anwendbar" ist: Sie wirken als „notwendige Voraussetzung"[18] aller Grundrechte gewissermaßen von innen her bei der Bestimmung des Grundrechtsgehaltes mit. Sie bilden in ihrem Grundsatzgehalt normative Gesichtspunkte der Konkretisierung von Grundrecht und Sachverhalt zur Entscheidungsnorm.

In gleicher Weise wirkt der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde über die richterliche Grundrechtsanwendung hinaus auf die

[17] BGE 97 I 45 ff., 49 f.

[18] Ebd., S. 50.

Konkretisierung der Verfassung durch den Gesetzgeber bis in die verfassungskonforme Ausgestaltung und Interpretation des Straf- und Zivilrechts hinein.

In ihrem höchsten Unbestimmtheitsgrad als Programmsatz könnten Menschenwürde und persönliche Freiheit schließlich sogar als „Muttergrundrecht" anerkannt werden, ohne daß dadurch die Eigenständigkeit der Einzelgrundrechte berührt würde. Die Wertung der persönlichen Freiheit als „liberté première", von der alle andern verfassungsmäßigen Rechte abgeleitet sind[19], kann im Rahmen zielorientierter und sachgerechter Konkretisierung keine axiomatische Priorität dieses Grundrechts bedeuten; die „Ableitung" der anderen Grundrechte kann nur als differenzierte Konkretisierung verstanden werden, in deren Verlauf der je spezifische Normbereich dem Grundrecht seine Eigenständigkeit verleiht.

241.3 Exkurs: Vier Orientierungsrichtungen der Grundrechte

Die Vorstellung vom „Muttergrundrecht" (oder vielmehr „Muttergrundsatz") der Menschenwürde ist jedoch aus einem andern Grunde abzulehnen, der im Rahmen des gesteckten Themas nur andeutungsweise erläutert werden kann: Die Vorstellung ist eindimensional.

Es lassen sich nicht alle Grundrechte im wesentlichen auf Teilgehalte der Menschenwürde zurückführen. Vielmehr gibt es neben diesem Grundsatz noch andere Prinzipien, die für einzelne Grundrechte ebenso und noch mehr Bedeutung haben. Dies gilt in vermehrtem Grade, wenn der Blick auf die Gesamtheit der Verfassungsnormen ausgedehnt wird.

Mit der folgenden Skizze unterschiedlicher Grundrechtsorientierungen soll bloß verhindert werden, daß die Menschenwürde zu der ideologischen Spitze eines positiv-rechtlichen Wertsystems entartet.

Zugleich kann illustriert werden, daß in einer bestimmten Individualrechtsnorm nicht nur ein einziger Grundsatz, sondern stets mehrere, teils widersprechende Grundsatzgehalte konkretisiert sind, so, daß sie deren Ausgleich oder doch Treffpunkt darstellt.

Die Relativierung von Freiheit und Menschenwürde muß davon ausgehen, daß die Gesellschaftsordnung neben dem Schutz des Individuums in seiner persönlichen Entfaltung noch mindestens drei andere grundlegende Aufgaben zu erfüllen hat:

— Für die wirtschaftliche Bedarfsbefriedigung ist eine Wirtschaftsordnung zu schaffen; diesem entspricht in unserem Lande das Organisationsprinzip der Markt- oder Wettbewerbswirtschaft.

---

[19] BGE 90 I 29 ff., 36.

— Für die Friedenswahrung und Entscheidung der Gemeinschaftsaufgaben ist eine politische Organisation zu erstellen; deren Prinzip stellt hier die Demokratie dar.

— Für die gesellschaftliche Entwicklung ist das Verhältnis der Bürger zueinander anhand der Kriterien der Gleichheit und der Solidarität zu bestimmen; den Leitwert zu dieser Frage ergibt heute die Sozialstaatlichkeit.

Nur im Verein mit diesen anderen kommt auch der vierten Aufgabe grundlegende Bedeutung für Staat und Gesellschaft zu:

— Für die individuelle Entwicklung sind die Rechte des einzelnen anhand der Kriterien von Freiheit und Menschenwürde zu bestimmen; der Leitwert hierzu ist die Rechtsstaatlichkeit[20].

Wettbewerb, Demokratie, Sozialstaat und Rechtsstaat bilden vier Prinzipien, denen Grundrechte verpflichtet sein können; zahlreiche Rechte sind auf mehr als einen Grundsatz ausgerichtet[21]. Wohl haben alle Grundrechte, soweit sie dem einzelnen einen Anspruch verleihen, Teil an der Rechtsstaatlichkeit und orientieren sich damit an Freiheit und Menschenwürde, doch ist die grundsätzliche Ausrichtung vielfach eine andere: Eigentumsgarantie und Handels- und Gewerbefreiheit orientieren sich am Wettbewerbsprinzip; die politischen Rechte an der Demokratie; die Rechtsgleichheit erlangt im Leistungsstaat zunehmend auch sozialstaatliche Bedeutung.

Ein Grundrecht ist daher jeweils nicht nur nach einem einzigen Prinzip zu hinterfragen, sondern in seiner Stellung in bezug auf alle Richtungen zu prüfen. Erst dadurch rücken alle Gesichtspunkte ins Blickfeld, die zur Problemlösung dienen können. Damit aber wird auch die einseitige Orientierung der Grundrechte auf ein letztes Grundprinzip vermieden.

242 Kritik der Praxis zur Menschenwürde

242.1 Grundsätzliches

Der materielle Gehalt eines Grundrechts oder Verfassungsgrundsatzes ist nie abgeschlossen. Seine Offenheit in die Zeit hinein[22] hängt wesentlich davon ab, ob Dogmatik und Methode gestatten, aus dem anerkannten Normprogramm auch auf neue, veränderte Normbereiche

---

[20] Diese Skizze lehnt sich an ein funktionelles Modell an, welches von *N. Luhmann* (Grundrechte als Institution) entwickelt wird. Es ist hier jedoch nicht der Ort, Übereinstimmungen und Abweichungen zu untersuchen.

[21] Zu dieser „Multifunktionalität" der Grundrechte vgl. *Luhmann,* S. 80, 129 und 134.

[22] *R. Bäumlin,* Staat, Recht und Geschichte, S. 15.

eine normative Antwort zu entwickeln. Die Menschenwürde muß wegen ihres grundsätzlichen Gehaltes und ihres erhöhten Unbestimmtheitsgrades in besonderem Maße offen sein, neue oder unterschätzte Gefahren in ihrem Normbereich aufzunehmen.

Diese Offenheit hat das Bundesgericht in beispielhafter Weise dem Grundrecht der persönlichen Freiheit zugesprochen. Dieses leistet heute auf der Stufe der Individualrechte alles, was für den Schutz elementarer Entfaltungsmöglichkeiten des Menschen gegen jegliche denkbare Gefährdung notwendig ist.

Doch stößt sich die Entfaltung dieser Minimalgarantie zu einem umfassenden Persönlichkeitsschutz am Verhältnis der Grundrechte untereinander, solange diese nur in ihrer Bestimmung als Individualrecht verglichen werden: Die persönliche Freiheit wird in eine subsidiäre Rolle gedrängt und es bleibt unklar, ob und wie sie den Grundsatz des Persönlichkeitsschutzes im Bereich der anderen Grundrechte zur Geltung bringen kann.

Wird demgegenüber die persönliche Freiheit als einziges Grundrecht auf die Stufe der Grundsätze gehoben, so kann sie zwar als solche Einfluß auf Inhalt und Umfang der übrigen Grundrechte nehmen, doch erlangt sie dadurch eine Sonderstellung, die leicht zu theoretischen Vorstellungen verführt, die der Offenheit der Grundrechtsordnung abträglich wären. Deshalb ist es verständlich, daß das Bundesgericht zögert, die Grundsatzwirkung der persönlichen Freiheit auszugestalten.

Ein Grundrechtsverständnis, das jedem Grundrecht Grundsatzwirkung zuerkennt, behebt diese Schwierigkeit. Es gestattet die wechselseitige Beeinflussung aller Grundrechte, nicht nur die einseitige Ausstrahlung der persönlichen Freiheit. Darüber hinaus befreit es den Grundsatz der Menschenwürde von seiner Fixierung auf das Grundrecht der persönlichen Freiheit: Menschenwürde ist in allen Grundrechten konkretisiert; sie wirkt sich auf alle aus.

242.2 Menschenwürde und Artikel 4 BV

Der materielle Gehalt der Menschenwürde läßt sich nicht nur über den Schutz elementarer Entfaltungsbereiche durch die persönliche Freiheit und über den besonders persönlichkeitsorientierten Gehalt der unverzichtbaren und unverjährbaren Rechte verwirklichen. Am Schutz der Menschenwürde ganz maßgeblich beteiligt sind auch die Rechte, die aus Artikel 4 BV abgeleitet werden.

Dazu gehört einmal das *Verbot formeller Willkür:* Die Verfahrensrechtlichen Garantien des Rechtsstaates gewähren dem Betroffenen Mitwirkungsrechte, die ihm ein Mindestmaß an Subjektqualität auch

gegenüber der Übermacht des Staatsapparates sichern. Auch der Anspruch auf (beförderliche) Entscheidung gehört hierher: Rechtsverzögerung und Rechtsverweigerung sind ebenso Mißachtungen der Person des Betroffenen wie die Verletzung des rechtlichen Gehörs.

Die Menschenwürde bestimmt aber auch den wesentlichen Gehalt des *Verbots materieller Willkür*. Wohl definiert das Bundesgericht Willkür als qualifizierte Unrichtigkeit, als objektiven Maßstab für den „unhaltbaren" Entscheid: offensichtliche Rechtsverletzung, Widersprüchlichkeit, Aktenwidrigkeit oder Verstoß gegen den Gerechtigkeitsgedanken begründen die Qualifikation der Willkür[23]. Aber das sind bloß die versachlichten Kriterien für den gesuchten Schutz des Bürgers davor, daß grundlos, d. h. auf irrationale Weise über ihn verfügt wird. Der Mensch als vernünftiges, denkendes und handelndes Subjekt wird ebenso getroffen, wenn ein behördlicher Entscheid seine Vorbringen in den Wind schlägt, wie wenn die Behörde ihn gar nicht erst anhört[24]. Sein Recht auf Kommunikation und auf Transparenz der Verhältnisse wird ebenfalls verletzt, wenn ein Entscheid bloß auf Macht und Autorität abgestützt wird, statt dem Betroffenen verständlich und rational einsichtig gemacht zu werden[25]. In Willkür liegt damit stets auch (objektiv) ein Machtmißbrauch, der zumindest dann die Menschenwürde berührt, wenn er persönliche Güter trifft[26].

Materielle Willkür ist Verletzung der Person des Betroffenen. Sie verletzt den Anspruch des Bürgers auf Anerkennung als vernunftbegabter Gesprächspartner der Behörden und sie widerspricht der Ausrichtung aller behördlichen Akte auf den Eigenwert des Menschen. Der willkürliche Entscheid hat in aller Regel die Orientierung auf ein grundsätzliches Ziel verloren und ist nurmehr sachbestimmt. Er verletzt dann oft auch den Vorrang des Menschen vor dem Sachwert.

So wie sich die Menschenwürde in der persönlichen Freiheit zum Schutze elementarer Entfaltungsbereiche des Menschen gegen jeden behördlichen Eingriff konkretisiert, verdichtet sie sich im Willkürverbot zum Schutze aller Entfaltungsbereiche des Menschen gegen die Mißachtung elementarer Gebote der Rechtsstaatlichkeit: Einen engsten Bereich persönlicher Entfaltung schützt die Menschenwürde gegen jede Mißachtung; gegen besonders krasse Mißachtungen aber schützt sie jeden Entfaltungsbereich. Beide Schutzformen sind bloß unterschiedliche Ausprägungen desselben Prinzips der Achtung vor dem Menschen.

---

[23] Vgl. BGE 93 I 1 ff., 6.

[24] Vgl. dazu vorne Ziffer 225.4.

[25] Die formelle Begründungspflicht kann hier nicht abhelfen, wenn die Begründung selber willkürlich sein „darf"!

[26] Vgl. die Ausführungen zum Recht auf Fürsorge (hinten Ziffer 265.6).

Schließlich erfaßt die Menschenwürde auch Teilgehalte der *Rechtsgleichheit:* nämlich dort, wo die Menschenwürde die Gleichstellung der Menschen erfordert. In jenem Mindestmaß persönlicher Entfaltung, welches die Würde des Menschen erfordert, dürfen keine Unterschiede gemacht werden[27]. Die Gleichheit in der Würde wirkt sich aber auch dort aus, wo jenseits dieses Minimums die Teilgehalte der Menschenwürde als Kriterien gültig sind: Alle Richtlinien persönlichkeitsorientierter Rechtsgestaltung fordern die gleichen Entfaltungschancen für alle Menschen. Nicht nur Intimbereich und elementarer Persönlichkeitsschutz stehen jedem Menschen gleichermaßen zu, auch in bezug auf Autonomie, Kommunikation und Transparenz, auf die Teilhabe an Gemeinschaft und das Verbot des Machtmißbrauchs sind alle Menschen möglichst gleich zu stellen. Das gilt einmal für die Gerichte und Verwaltungsbehörden im Rahmen ihrer Kompetenzen, dann aber auch und vor allem für den Gesetzgeber. Für ihn wird die Gleichheit in der Menschenwürde zum Auftrag, Macht- und Herrschaftsverhältnisse, welche der persönlichen Entfaltung entgegenstehen, soweit möglich abzubauen[28].

Der Verfassungsgrundsatz wird somit auf vielfältige Weise konkretisiert:

— Über das Grundrecht der persönlichen Freiheit und die unverzichtbaren und unverjährbaren Rechte schützt er die körperliche und die Bewegungsfreiheit des Menschen, seine geistige Integrität und seine Kommunikationsfreiheit, gewährt dem Menschen somit insgesamt ein verfassungsrechtliches Persönlichkeitsrecht.

— Über Artikel 4 BV wirkt er in dreifacher Weise:

  — im formellen Willkürverbot als Recht auf prozessuale Partizipation,

  — im materiellen Willkürverbot als Recht auf rechtsstaatliche Rationalität und

  — in der Rechtsgleichheit als Grundsatz gleicher Entfaltungschancen.

242.3 Einzelne Bemerkungen

Aus der geschilderten Wirkungsweise der Menschenwürde ergeben sich im einzelnen folgende Bemerkungen zur Praxis des Bundesgerichts:

---

[27] So schon *J. C. Bluntschli,* Allgemeines Staatsrecht, 2. Aufl. Bd. 2 München (1857), S. 511.

[28] Nach *J. P. Müller* (Soziale Grundrechte, S. 921) gehören zu den Aufgaben heutiger Sozialpolitik neben der Sicherung menschenwürdiger Existenz und dem Ausgleich von Wohlstandsdifferenzen auch „Milderung und Abbau von Abhängigkeiten". Vgl. dazu hinten die Ziffern 253.3 und 253.7.

Das Gericht lehnt im Entscheid 100 I a 189 ff., 194 *die Ausgestaltung der persönlichen Freiheit zu einem öffentlich-rechtlichen Persönlichkeitsschutz* ab, indem es auf die Konsequenzen hinweist, welche der Schutz des äußeren Persönlichkeitsgutes des guten Rufes mit sich bringen würde. Das Gericht erachtet das Willkürverbot als genügenden Schutz des Bürgers.

Dazu ist einmal zu fragen, ob eine angemessene Güterabwägung nicht auch bei Annahme eines öffentlich-rechtlichen Persönlichkeitsschutzes zu vernünftigen Lösungen führen müßte. Zudem lehnt das Gericht einen solchen Schutz im Ergebnis gar nicht ab, sondern sieht ihn im Willkürverbot enthalten. In Wirklichkeit hat das Gericht entschieden, der elementare Persönlichkeitsbereich, den die persönliche Freiheit schütze, sei nicht betroffen, weshalb nur der Schutz vor krasser Mißachtung der weiteren Entfaltungsbereiche des Menschen in Frage komme.

Den Bereich der formellen Willkür betrifft ein Entscheid[29], welcher das Bestehen eines ungeschriebenen bundesrechtlichen Grundsatzes ablehnt, welcher sämtlichen Behörden in der Schweiz die *Pflicht zur Rechtsmittelbelehrung* auferlegt. Begründet wird die Ablehnung mit der Rechtssicherheit über die Vollstreckbarkeit von Verwaltungsakten ohne Rechtsmittelbelehrung.

Hier ist zu fragen, ob aus der Menschenwürde als Partizipationsanspruch nicht folgt, daß Artikel 4 BV die Pflicht zur Rechtsmittelbelehrung in sich schließt. Allenfalls würde es genügen, wenn der fehlerhafte Verwaltungsakt auch noch im Rahmen seiner Vollstreckung angefochten werden könnte.

In einer Reihe von Entscheiden hat das Bundesgericht den Ausländer von der *Zulassung zur Willkürbeschwerde* gegen Bewilligungsentscheide der fremdenpolizeilichen Behörden ausgeschlossen, weil der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf die Erteilung der Bewilligung hat[30]. Das Willkürverbot könne seiner materiellen Natur wegen nicht selbständig, sondern nur in Verbindung mit einem Anspruch in der Sache angerufen werden; einen selbständigen Rechtsanspruch auf gesetzmäßige und ermessensfehlerfreie Entscheidung aber gebe es nicht[31].

Dem ist nun entgegenzuhalten, daß die Menschenwürde einen selbständigen Anspruch jedes Beteiligten auf rational begründbare Entscheidung und auf Wahrung der elementaren Gebote der Rechtsstaatlichkeit gewährt. Der Ausländer, der sich wegen Willkür beschwert,

[29] BGE 98 I b 333 ff., 337, E. 2 a.

[30] Vgl. vorne Ziffer 225.3; BGE 91 I 46 ff., 49.

[31] BGE 98 I a 649 ff., 651 f.; vgl. *H. P. Moser*, Die Rechtsstellung des Ausländers in der Schweiz, S. 471 f.

macht die Mißachtung seiner Persönlichkeit geltend, die in der Beliebigkeit des Entscheides der Behörde liegt. Dasselbe gilt für den Stellenbewerber, der die willkürliche Anwendung der Vorschriften des Wahlverfahrens geltend macht[32]. Eine Gefahr, daß auf diese Weise die Popularklage zugelassen werden müßte, besteht nicht, weil die Berufung auf die Menschenwürde ein intensives faktisches Interesse am Entscheid voraussetzt: Nur wer ein erhebliches, persönliches Interesse am Entscheid in der Sache dartun kann, hat kraft seiner Persönlichkeit Anspruch auf eine vernünftige Antwort der Behörde.

Das Bundesgericht hat bisher noch in keinem Fall das Gebot der *Rechtsgleichheit auf die Menschenwürde ausgerichtet.* Grund dafür dürfte sein, daß es der Würde nie ausdrücklich ein Mindestmaß materieller Gleichstellung der Menschen entnommen hat. Dennoch hat das Gericht den Gleichheitssatz wiederholt als materielles Gleichheitsgebot behandelt: Das augenscheinlichste Beispiel ist die Gewährung des prozessualen Armenrechts[33], aber auch die Bestimmung der Verhältnismäßigkeit der Besteuerung[34] und vor allem die gleiche Berechtigung aller Benützer öffentlicher Anstalten[35] sind Ausdruck materieller Gleichstellung der Bürger[36].

Der Bezug der Rechtsgleichheit zur Menschenwürde bedeutet nun, daß alle Menschen in jenen Voraussetzungen persönlicher Entfaltung, welche von der Menschenwürde gewährleistet werden, gleich zu behandeln sind. Dies betrifft nicht nur rechtliche, sondern auch faktische Voraussetzungen[37]. Und zu diesen gehören unter den veränderten Lebensbedingungen im modernen Leistungsstaat auch eine Reihe ökonomischer und sozialer Sicherungen, welche der Staat für seine Bürger übernommen hat. In dieser Frage hat sich die Lebenswirklichkeit so

---

[32] Vgl. BGE 98 I a 653 ff., 654. Einen wichtigen Schritt in dieser Richtung hat das Bundesgericht bereits im Entscheid 97 I 262 ff., 266 bezüglich der Legitimation der Mutter des ‚außerehelichen' Kindes getan. Vgl. vorne Ziffer 225.4.

[33] BGE 13, S. 254.

[34] BGE 99 I a 638 ff., 652.

[35] BGE 92 I 503 ff., 510.

[36] „Formelle Gleichheit im Leistungsstaat verlangt gleiche Teilhabe des Bürgers an den Einrichtungen des Sozialstaates, insbesondere an seinen Leistungsinstitutionen" (*J. P. Müller,* Soziale Grundrechte, S. 886); zur Funktion der Sozialrechte und des Gleichheitssatzes, „als Hebel sozialen Fortschritts eine konsequente Harmonisierung bestehender Sozialleistungssysteme" zu fordern, vgl. ebd., S. 846 f. Nach *F. Gygi* (Wirtschaftsverfassung, S. 352) richtet sich die „anspruchsbegründende Rechtsgleichheit" als Leitmaxime der Rechtsetzung „einerseits auf die Beseitigung der wirtschaftlichen und sozialen Hindernisse oder Machtstellungen, die der wirtschaftlichen Entfaltung des einzelnen entgegenstehen, andererseits auch auf die Überwindung ökonomischer Insuffizienzen".

[37] BGE 90 I 29 ff., 36.

grundlegend verändert, daß der ursprüngliche Sinn von Menschenwürde und Rechtsgleichheit nur bewahrt werden kann, wenn die sozialstaatlichen Grundlagen des modernen Lebens als Elemente in ihren Normbereich aufgenommen werden[38]. Menschenwürde und Rechtsgleichheit müssen heute auch eine Antwort auf Gefährdungen jener Voraussetzungen menschlicher Entfaltung geben, die vom Staate selber geschaffen worden sind. Im Rahmen verfassungsmäßiger Kompetenzen heißt Gleichheit in der Würde darüber hinaus möglichster Ausbau der Existenzsicherung und Abbau materieller Not[39].

Menschenwürde und Gleichheitssatz würden heute nicht mehr gestatten, die kantonale *Garantie eines Existenzminimums* als gewerbepolizeiliche Maßnahme zu beurteilen, welche die Handels- und Gewerbefreiheit verletze[40] (ebensowenig als unzulässige Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit)[41]. Die Volksinitiative aus dem Kanton Basel-Stadt, die einen Mindeststundenlohn (von damals Fr. 2.—) gefordert hatte, könnte heute nicht mehr ungültig erklärt werden[42]. Vielmehr müßte das Bundesgericht heute der Handels- und Gewerbefreiheit die Menschenwürde gegenüberstellen. Die Initiative müßte nicht nur zur Wirtschaftsfreiheit, sondern auch zur Menschenwürde ins Verhältnis gesetzt werden. Solange sich aber der Initiativvorschlag im Spielraum gesetzgeberischer Konkretisierung beider Verfassungsgehalte bewegen sollte, müßte er gültig sein[43]. Denn der Ausgleich widersprechender Grundrechtsgehalte ist vornehmlich Aufgabe des Gesetzgebers — auch des kantonalen, soweit er dazu kompetent geblieben ist[44].

---

[38] Diese materielle Seite der Menschenwürde ist nicht grundsätzlich neu. Schon *J. C. Bluntschli* (Allgemeines Staatsrecht, 2. A. Bd. 2 (München 1857), S. 484) anerkannte die naturrechtliche und menschliche Pflicht des Staates, „die Existenz der Personen ... bei äuszerer Noth vor dem Untergang zu retten" (vgl. S. 511). Die Praxis des Bundesgerichts aus dem Anfang unseres Jahrhunderts begründete die Unterstützungspflicht des Staates als „eine allgemein menschliche, aus der Zweckbestimmung und dem Wesen des modernen Staates unmittelbar entspringende Pflicht" (BGE 50 I 294 ff., 297; so bereits BGE 40 I 409 ff., 416; ähnlich BGE 51 I 325 ff., 328). Neu ist somit nicht die soziale Dimension der Grundrechte, sondern vielmehr das Ausmaß der sozialen Aufgaben, welche das Wesen des modernen Staates verändert haben.

[39] Zu diesem Gebot, das vor allem den Gesetzgeber angeht, vgl. hinten Ziffer 253.4.

[40] BGE 80 I 155 ff., 163 f.

[41] Vgl. *H. Huber*, ZbJV 92 (1956), S. 55.

[42] Vgl. den Anspruch auf „verfassungskonforme Entlöhnung" der Strafgefangenen in BGE 99 I a 262 ff., 277.

[43] Soweit es sich um das von der Menschenwürde geforderte Existenzminimum handelte, könnte auch keine verhältnismäßige Abstufung mehr verlangt werden.

[44] Vgl. die Bundeskompetenzen gemäß Art. 34ter BV auf dem Gebiet des Arbeitsrechts, die jedoch als konkurrierende Kompetenzen gelten (vgl. *J.-F. Aubert*, Traité N. 692 und 702) sowie das Arbeitsgesetz des Bundes vom 13. März 1964, SR 822.11.

Schließlich ist noch auf eine Reihe von Entscheiden des Bundesgerichts hinzuweisen, die *einseitig vom Standpunkt des öffentlichen Interesses ausgehen,* ohne die erforderliche Abwägung mit dem entgegenstehenden Grundrecht vorzunehmen, oder die das behauptete *öffentliche Interesse nicht* im Hinblick auf die Verfassungsrechtsgüter *differenzieren,* die es enthält:

Für die erste Gruppe sei stellvertretend der Entscheid zur Sprachenfreiheit im Kanton Zürich erwähnt[45], in welchem sich das Bundesgericht — unter Einschränkung seiner Prüfungsbefugnis — darauf beschränkte, festzustellen, daß die Entscheidungen der Vorinstanzen von dem in Art. 116 BV festgehaltenen öffentlichen Interesse an der Erhaltung der vier Sprachgebiete gedeckt sind. Der Ansatz beim entgegenstehenden Grundrecht der Sprachenfreiheit wurde zwar theoretisch gefordert, aber dann doch nicht aufgenommen[46].

Zur zweiten Gruppe zählen zwei Entscheidungen über kantonale Ferienregelungen[47], welche bloß unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt wurden; das öffentliche Interesse wurde nur bejaht, weil die Ferien die Arbeitnehmer indirekt zur Erholung und zur Wiedererlangung der Arbeitskraft zwingen[48]. — Man hätte den Arbeitnehmer nicht zum bloßen Produktionsmittel herabwürdigen müssen, wenn man den Persönlichkeitsschutz als Bestandteil des öffentlichen Interesses anerkannt hätte.

25 Andere Rechtsquellen zur Menschenwürde

Bis hierher galt die Aufmerksamkeit der vorliegenden Untersuchung ausschließlich der Praxis des Bundesgerichts als Rechtsquelle der Menschenwürde in der Schweiz. Diese Beschränkung rechtfertigt sich aus der Grundrechtsnatur dieses Prinzips; es ist in erster Linie justiziabler Grundsatz der Verfassungsrechtsprechung und damit unmittelbar anwendbares Recht, auf welches sich der Bürger im gerichtlichen Verfahren berufen kann.

Die Untersuchung darf sich jedoch nicht gänzlich auf das Richterrecht beschränken:

Einmal wendet sich der Grundsatz der Menschenwürde nicht nur an den Richter, sondern an sämtliche Träger staatlichen Handelns. So ist

[45] BGE 91 I 480 ff., 492 f.

[46] Die Beschränkung auf die Willkürprüfung kann diese Einseitigkeit nicht rechtfertigen, läge die allfällige Willkür doch gerade in der offensichtlichen Mißachtung des Grundrechts! Auch im Rahmen der Willkürprüfung müssen alle einschlägigen Gesichtspunkte beigezogen werden.

[47] BGE 85 II 373 ff., 375 f.; 87 I 186 ff., 188 f.

[48] BGE 87 I 186 ff., 189.

er vor allem für die Exekutive und die Legislative nicht nur individualrechtliche Schranke der politischen Entscheidungsfreiheit, sondern als verfassungsrechtlicher Grundsatz auch inhaltliche Richtlinie bei der Ausgestaltung der Rechtsordnung und als Programmsatz schließlich auch allgemeinster Auftrag zur Verwirklichung einer menschenwürdigen Gesellschaftsordnung. Es gilt daher, darzustellen, welchen Gehalt der vom Bundesgericht entwickelte Grundsatz für die Kompetenzbereiche von Regierung und Parlament aufweist.

Das Fehlen der Verfassungsgerichtsbarkeit im Bunde und die eingeschränkte oder mangelnde Justiziabilität der unbestimmteren Teilgehalte der Menschenwürde machen Parlament und Regierung zu selbständigen Rechtsquellen des Verfassungsgrundsatzes. Während das Bundesgericht vor allem den Gehalt der Menschenwürde als Mindeststandard und als Interpretationsgrundsatz zu bestimmen vermag, wird das Maß der Verwirklichung materieller Teilgehalte der Menschenwürde vorwiegend durch die politischen Behörden festgesetzt.

Eine umfassende Untersuchung des Gehaltes der Menschenwürde in der Schweiz würde verlangen, daß für sämtliche Rechtsgebiete und Sachfragen bestimmt wird, welche Entscheidungsrichtlinien dem Grundsatz zu entnehmen sind. Diese Konkretisierung sprengt freilich den Rahmen einer Gesamtschau, wie sie hier geboten werden soll. Sie muß einzelnen Spezialuntersuchungen vorbehalten bleiben. Im folgenden sollen daher nur einige Hinweise auf ausgewählte Problemkreise angebracht werden[1].

251 Die Richtlinien der Regierungspolitik

Erwartungsgemäß finden sich Aussagen zum programmatischen Gehalt der Menschenwürde nicht in Verordnungen und Gesetzen, kaum in Botschaften zu bestimmten Erlassen, wohl aber in den Richtlinien der Regierungspolitik, die zu Beginn jeder Legislaturperiode vom Bundesrat erarbeitet und Parlament und Öffentlichkeit bekanntgegeben werden[2]. Diese Richtlinien sind kein rechtsverbindlicher Erlaß, auch kein Planungsinstrument der Bundesversammlung, sondern lediglich eine Absichtserklärung des Bundesrates. Das Parlament nimmt keinen Einfluß auf den Bericht und muß ihn auch nicht genehmigen. Es führt bloß eine Debatte darüber durch und könnte — was noch nie geschehen ist — durch eine Motion den Bundesrat zur Abweichung von seinen Vorhaben verpflichten. Der Bundesrat ist bis anhin nicht einmal gehalten, in allen Botschaften und Berichten während der Legislaturperiode

[1] Einfachheitshalber beschränkt sich die Untersuchung auf Botschaften und Berichte des Bundesrates, sowie die entsprechenden Beschlüsse der eidgenössischen Räte.

[2] Vgl. Art. 45 bis GVG, eingefügt durch das BG vom 24. Juni 1970. Der erste Richtlinienbericht wurde jedoch bereits 1968 erstellt.

Abweichungen von den Richtlinien zu begründen. Immerhin hat er vor Ablauf der Legislaturperiode über den Vollzug der Richtlinien dem Parlament Bericht zu erstatten[3].

Die Unverbindlichkeit der Richtlinien gestattet dem Bundesrat, seine Politik in freier Weise darzulegen und dabei auch auf Programme und Zielsetzungen hinzuweisen, denen er sich verpflichtet fühlt, die aber in den Botschaften zu den konkreten Vorlagen nicht angerufen werden können, sei es, weil der normative Zusammenhang zu wenig deutlich erscheint, sei es auch, weil der Bundesrat sich in den Botschaften an das Parlament nur zurückhaltend über politische Optionen äußert, die vom Parlament zu treffen sind[4].

Erstmals hat der Bundesrat am 15. Mai 1968 der Bundesversammlung einen Bericht über die „Richtlinien für die Regierungspolitik in der Legislaturperiode 1968 - 1971" erstattet[5]. Darin hat er Artikel 2 BV drei große Ziele seiner Politik entnommen: die Behauptung der Unabhängigkeit, den Schutz der persönlichen Freiheit und die Förderung der gemeinsamen Wohlfahrt[6]. Die Erhaltung und der Ausbau des Rechtsstaates, vor allem im Hinblick auf den Schutz der persönlichen Freiheit stellen damit eine der drei wichtigsten Staatsaufgaben dar[7].

Deutlicher als das Bundesgericht hebt der Bundesrat den Wandel der Bedeutung der persönlichen Freiheit hervor. Veränderte Umweltbedingungen beeinflussen nicht nur die Mittel der Zielverwirklichung, sie bringen auch eine Verschiebung in der Bedeutung der Zielsetzungen selber: So wird „durch die Entwicklung der modernen Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung die Wahrung der Rechte der freien menschlichen Persönlichkeit an Gewicht zunehmen"[8].

Dieses Verhältnis von Gesellschaftsentwicklung und Persönlichkeitsschutz wird vom Bundesrat vier Jahre später genauer untersucht[9]: Es

---

[3] Art. 45 ter GVG. Die bisherigen Vollzugsberichte weichen jedoch in Aufbau und Thematik so erheblich von den Richtlinien ab, daß sie zumindest auf der programmatischen Ebene keine Rechenschaft ablegen. Vgl. BBl 1971 I 853 ff., 1975 I 1641 ff.

[4] Solche Zurückhaltung kann freilich auch zur verschleiernden Argumentation aus dem ‚Sachzwang' führen, die dann, wenn sie vom Parlament nicht durchschaut wird, einen Verlust an Rationalität und an Grundsätzlichkeit bedeutet. Vgl. die Kritik an den Richtlinien der Legislaturperiode 1975 - 1979 hiernach.

[5] BBl 1968 I 1204 ff.

[6] Ebd., S. 1207.

[7] Ebd., S. 1246.

[8] Ebd., S. 1207; die Gefährdungen des einzelnen und der Gemeinschaft nehmen ständig zu (BBl 1972 I 1033).

[9] Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Richtlinien der Regierungspolitik in der Legislaturperiode 1971 - 1975 (vom 13. März 1972), BBl 1972 I 1025 ff.

wird durch eine wachsende „Kulturlücke" gekennzeichnet, d. h. durch die „Schwierigkeit vieler Menschen, sich der ungeahnten Beschleunigung im technisch-wissenschaftlichen Bereich geistig anzupassen, ihre Funktionen in der sich rasch wandelnden und unübersichtlichen Welt zu verstehen. Die Folge dieses kulturellen Nachhinkens sind Zukunftsangst, gefühlsmäßige Distanz oder Ablehnung der modernen Industriegesellschaft wie auch ein Gefühl der Sinnlosigkeit unseres oft nur an materiellen Zielen orientierten Handelns"[10]. Den modernen Menschen befällt ein wachsendes Gefühl der Unsicherheit[11].

Die moderne Gesellschaft bedroht die Persönlichkeitsentfaltung des einzelnen durch Angst, Entfremdung und Sinnentleerung. Um diesen Gefährdungen zu begegnen, setzt der Bundesrat der schweizerischen Politik zum Ziel, „den Menschen und seinen Kulturbedarf wieder vermehrt ins Blickfeld zu rücken und ihn in die Lage zu versetzen, die rasante Entwicklung der Industriegesellschaft geistig zu bewältigen"[12]. Das bedeutet auch eine Neuorientierung des Wirtschaftswachstums am Maß des Menschen: „Wir stehen am Übergang einer vorwiegend auf quantitatives Wachstum ausgerichteten Periode zu einem Zeitabschnitt, in welchem humanitäre und qualitative Aspekte des Lebens den Vorrang erhalten müssen[13]."

Dem Staat kommt dabei die Aufgabe zu, „der technischen und wirtschaftlichen Expansion im Allgemeininteresse notwendige Schranken zu setzen. Es gilt, das wirtschaftliche Wachstum auf das menschliche Maß und die allgemeine Wohlfahrt auszurichten"[14]. Der Staat übernimmt somit wirtschafts- und sozialpolitische Lenkungsaufgaben im Dienste des Persönlichkeitsschutzes. Der Bundesrat ist sich jedoch be-

---

[10] Ebd., S. 1032.

[11] Ebd., S. 1033. Angst wird immer mehr als Beeinträchtigung der Persönlichkeit und Würde des Menschen erkannt: „Die Entwicklung des modernen Lebens ist mit Erscheinungen verbunden, die den Menschen als Individuum und als Glied der Gemeinschaft ängstigen, ja bedrohen. Dies ist die Folge von wirtschaftlichen, technischen und sozialen Entwicklungsvorgängen, denen sich der einzelne — bei allen Vorteilen, die er sich davon verspricht, die er erwartet oder realisiert — zumeist hilflos ausgeliefert fühlt ... Als Individuum und als Glied der staatlichen Gemeinschaft hat der einzelne Anspruch auf Schutz vor zunehmender Gefährdung. Dementsprechend erwächst dem modernen Staat die Aufgabe, diesen Schutz in Ergänzung der Vorsorge des einzelnen zu gewährleisten ... Zielvorstellung bleibt die Vorbereitung einer lebenswerten Zukunft in unserem Staate" (Geschäftsbericht des Bundesrates für das Jahr 1975 (vom 1. März 1976), S. 119). Ebenso der Bericht der Kommission des Nationalrates vom 27. August 1975 zur parlamentarischen Initiative über die passive Sterbehilfe (BBl 1975 II 1344 ff., 1360): „gelegentlich besteht der Eindruck, daß die zum Wohl des Menschen erzielten Fortschritte ihn ängstigen und seine Freiheit und Würde bedrohen könnten."

[12] BBl 1972 I 1032.

[13] Ebd.

[14] Ebd., S. 1033.

wußt, „daß zunehmender Staatseinfluß stets einen Verlust der persönlichen Freiheit und Selbstverantwortung mit sich bringt", und wünscht sich daher, daß „der Sinn für Freiheit und individuelle Verantwortung wieder etwas mehr zum Zuge" komme[15].

Die Aufgabe des Gemeinwesens ist denn auch darauf beschränkt, „die Voraussetzungen für ein befriedigendes Funktionieren unserer Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung zu schaffen und einen sinnvollen Ausgleich zwischen den Entfaltungsmöglichkeiten der einzelnen und der Wohlfahrt der Allgemeinheit anzustreben"[16].

Der Bundesrat nennt insbesondere drei Ziele, die dem Staat in diesem Zusammenhang gesetzt sind: die „Befriedigung menschlicher Elementarbedürfnisse", die „Beteiligung möglichst breiter Schichten an der allgemeinen Wohlstandsentwicklung" und den „Ausbau des Rechtsstaates"[17].

Damit wird dem Staate aufgetragen, jedermann einen sozialen Mindeststandard menschenwürdigen Lebens zu gewährleisten, nach Möglichkeit soziale Gleichheit in der Teilhabe an der Entwicklung der Gesellschaft zu erstreben und dem einzelnen die Wahrung und Durchsetzung seiner individuellen Rechte innerhalb der Gesellschaft zu erleichtern.

Leitbild der Rechtspolitik des Bundesrates ist ein „leistungsfähiger sozialer Rechtsstaat"[18]. Die Rechtsstaatlichkeit ist unabdingbar, denn nur der „Rechtsstaat gewährleistet die demokratische Ordnung, die persönlichen Freiheitsrechte und die Evolution zu einer besseren, modernen Schweiz des menschlichen Maßes"[19].

Besonders hervorgehoben wird vom Bundesrat ein Aspekt der Persönlichkeitsentfaltung, der mit dem Begriff der Partizipation umschrieben werden kann:

Auf der Ebene des Gemeinwesens will der Bundesrat der „Gefahr des Überhandnehmens der Gruppeninteressen gegenüber dem Gemeinwohl"[20] begegnen, indem er nach politischen Entscheidungsmechanismen sucht, welche „die Mitwirkung möglichst vieler Kreise am Entscheidungsprozeß" sicherstellen, um das Interesse der Mitbürger an den Staatsaufgaben zu wecken und sie dafür zu gewinnen, gemeinsam nach Lösungen zu suchen[21].

---

[15] Ebd.
[16] Ebd.
[17] Ebd.
[18] Ebd.
[19] Ebd., S. 1034.
[20] BBl 1968 I 1219.
[21] BBl 1972 I 1071.

Auf der Ebene des einzelnen geht es dem Bundesrat vor allem um die Überwindung des Ohnmachtsgefühls des Bürgers: „Angesichts der Bevölkerungsexplosion, der technischen Errungenschaften, der Reklameflut und der Machtballungen aller Art erliegt der Mensch vielfach dem Gefühl, einem Schicksal ausgeliefert zu sein, dessen Bahn er in keiner Weise zu bestimmen vermag, und Zwängen unterworfen zu sein, welche die Entfaltung seiner Persönlichkeit hemmen."

Der Bundesrat befürwortet daher „eine Gesellschaft, die es dem einzelnen besser ermöglicht, in der Familie, im Betrieb oder in der staatlichen Gemeinschaft seine eigenen Ansichten und seine persönlichen Fähigkeiten zur Geltung zu bringen". Zu dieser „Vermenschlichung der Gesellschaft", die nicht allein von den Behörden abhängt, kann der Staat durch den „Ausbau des Rechtsstaates, der politischen und persönlichen Freiheiten und der Sozialrechte" beitragen[22].

Gesamthaft betrachtet bekennt sich der Bundesrat in den Richtlinien von 1972 zur Ausrichtung der Politik auf den Grundwert des Menschen, wie es das Bundesgericht auch getan hat[23]. Weiter als dieses faßt er jedoch die Werte und Güter, die dem Menschen zustehen, und die Gefährdungen, denen er ausgesetzt ist. Zu diesen gehören einmal die materielle Not, aber auch psychische Entbehrungen, wie sie in der Verängstigung, Entfremdung, Sinnentleerung und im Ohnmachtsgefühl zum Ausdruck kommen. Auf der andern Seite tritt neben das Postulat der Wahrung einer minimalen sozialen Menschenwürde die Forderung nach möglichst gleichberechtigter Teilhabe aller an den Errungenschaften der Gesellschaft, nach Partizipation an der Gestaltung der Gesellschaftsverhältnisse sowie nach einer besseren Lebensqualität[24].

---

[22] Ebd.

[23] BGE 90 I 29 ff., 36; 97 I 45 ff., 49.

[24] In den Richtlinien der Regierungspolitik in der Legislaturperiode 1975 - 1979 (vom 28. Januar 1976, BBl 1976 I 442 ff.) finden sich keine Äußerungen, die für die Zielbestimmung der Menschenwürde relevant wären. Die in diesen Richtlinien angeführten Ziele reichen nicht über die Ebene praktischer Zweckbestimmungen einzelner Programme hinaus. Die mangelnde Grundsätzlichkeit dieser Richtlinien liegt im methodischen Ansatz der Ausarbeitung des Berichts begründet: bewußter als vorher wurde auf den „zielorientierten" zugunsten eines „problemorientierten" Ansatzes verzichtet. Damit sind die Richtlinien notgedrungen mehr sachbestimmt als normorientiert ausgefallen. Dieses Vorgehen mag unter dem Druck der Rezession und der Finanzkrise im Bundeshaushalt angebracht gewesen sein, doch müßten die Richtlinien ihre wegweisende Funktion einbüßen, wenn sie in Zukunft auf die grundsätzliche Zielorientierung verzichten sollten. Die beiden als alternativ dargestellten methodischen Ansätze (S. 447) sind in Wirklichkeit nur die polaren Elemente eines sachbestimmt-normorientierten Vorgehens, welches die Richtlinien politischen Handelns zu ermitteln sucht, die der geltenden Rechts- und Gesellschaftsordnung unter den gegenwärtigen Bedingungen angemessen sind.

252 Zum Grundrechtsverständnis des Bundesrates: Recht auf Ausbildung, Radio- und Fernsehfreiheit

Ein Grundrechtsverständnis des Bundesrates läßt sich nicht in der Weise ermitteln, wie es für das Bundesgericht versucht worden ist[25]. Die politischen Behörden haben keine vergleichbare Spruchpraxis zu den Grundrechten entwickelt[26]. Sie lehnen sich bei der Interpretation der Verfassung meist den Deutungen des Bundesgerichts an. Eine eigene Wertung nehmen sie nur dann vor, wenn es darum geht, ein neues Grundrecht oder eine grundrechtsrelevante Bundeskompetenz in die Verfassung aufzunehmen sowie in Auseinandersetzungen zu vereinzelten Sachfragen, die wie ein verstecktes Zwiegespräch mit der richterlichen Gewalt anmuten.

In Anlehnung an die Praxis des Bundesgerichts zu den ungeschriebenen Grundrechten und an die Grundrechtstheorie Z. Giacomettis entscheidet der Bundesrat z. B. die Frage, ob der lückenhafte Grundrechtskatalog der Bundesverfassung überhaupt den Beitritt zur Europäischen Menschenrechtskonvention gestatte: Die Frage wird bejaht, weil die verfassungsmäßigen Rechte und Freiheiten „Ausfluß eines bestimmten philosophischen und politischen Systems" seien, das unseren Staat präge. Unsere Verfassung garantiere „sämtliche Freiheitsrechte, die eines Tages aktuell werden könnten"[27].

Wenn der Bundesrat glaubt, in diesem Punkt einer konventionsfreundlichen Praxis des Bundesgerichts folgen zu können, so wendet er sich dagegen — unausgesprochen — an die Adresse des Bundesgerichts, wenn er grundsätzlich feststellt, daß mit Ausnahme der Handels- und Gewerbefreiheit „Ausländer in der Schweiz in den Genuß der Garantie sämtlicher Individualrechte" gelangen, „die auch Schweizerbürgern zugesichert sind"[28]. Besonders deutlich wird der Widerspruch zum Bundesgericht, wenn der Bundesrat fortfährt, die Ausländer genössen bei

---

[25] Vorne Ziffer 22.

[26] Zudem ist bei einer rechtswissenschaftlichen Untersuchung von Botschaften und Berichten des Bundesrates (in höherem Maße als beim Bundesgericht) zu bedenken, daß die Erläuterungen von der Verwaltung abgefaßt werden und daß die Landesregierung sie nur in beschränktem Umfang überprüfen kann.

[27] Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (vom 9. Dezember 1968), BBl 1968 II 1057 ff., 1075 f. Diese Deutung ist offensichtlich durch BGE 90 I 29 ff., 37 beeinflußt, der die ungeschriebene persönliche Freiheit als Hauptfreiheit bezeichnet, von der sich alle andern ableiten. Wenn sich später BGE 97 I 45 ff., 49 deutlich von der These Giacomettis abgrenzt, so klingt dies auch wie eine Korrektur der bundesrätlichen Auffassung.

[28] Ebd., S. 1076. Freilich ist auch der Bundesrat genötigt, diese Behauptung zu relativieren, indem er besondere Beschränkungen der Rechtsausübung für Ausländer anerkennt. Zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung vgl. vorne Ziffer 225.3.

uns den gleichen Rechtsschutz wie die Schweizerbürger, insbesondere könne auch der Ausländer sich mit staatsrechtlicher Beschwerde gegen formelle oder materielle Rechtsverweigerung wehren[29].

Kommt der Bundesrat in die Lage, zu Grundrechtsfragen Stellung zu nehmen, die vom Bundesgericht noch nicht beurteilt worden sind, so legt er sich nicht dessen Zurückhaltung auf. Bei der Begründung seiner Ablehnung der Volksinitiative für die Straflosigkeit der Schwangerschaftsunterbrechung beruft er sich zum Schutz des Rechts auf Leben auf vorgegebenes Naturrecht: „In einer pluralistischen Gesellschaft kann zwar nicht einfach die ethische Überzeugung einzelner Teile des Volkes zum Maßstab für die strafrechtliche Regelung erhoben werden. Doch ist das Recht als solches an ethische Kriterien gebunden, die sich aus der Natur des Menschen als Person und als Gemeinschaftswesen ergeben[30]."

Aufschlußreicher als diese verstreuten Hinweise sind die Ausführungen des Bundesrates zu eigenen Verfassungsvorlagen, wie jener zum (gescheiterten) *Bildungsartikel*[31]:

Mit dem Recht auf eignungsgemäße Ausbildung will der Bundesrat erstmals ein Grundrecht in die Bundesverfassung aufnehmen, „welchem wenigstens zum Teil der Charakter eines ‚Sozialrechtes' zukommt"[32].

Dieses Grundrecht soll nach Ansicht des Bundesrates „— wie jedes Grundrecht des Leistungsstaates — in erster Linie den Gesetzgeber" verpflichten[33]; es enthält neben einem umfassenden Diskriminierungsverbot folgende Leistungspflichten des Staates: die Verpflichtung zu finanzieller Hilfe für unbemittelte Begabte, insbesondere zur Anhebung des Stipendienwesens „auf eine vergleichbare Höhe" in allen Kantonen, die Verpflichtung, Behinderten eine adäquate Sonderausbildung zu vermitteln und schließlich die Verpflichtung, „das Bildungswesen im Rahmen des Möglichen ... auszubauen"[34].

Alle Teilgehalte des vorgeschlagenen Grundrechts haben dasselbe Ziel: die Verwirklichung gleicher und optimaler Bildungschancen für alle. Der Staat soll nach Möglichkeit die sozialen, regionalen und indi-

---

[29] Ebd., S. 1077. Zum Ausschluß des Ausländers von der staatsrechtlichen Beschwerde wegen materieller Rechtsverweigerung vgl. BGE 91 I 46 ff., 49 und vorne Ziffer 225.3.

[30] Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Bundesgesetz über den Schutz der Schwangerschaft (vom 30. September 1974), BBl 1974 II 703 ff., 733.

[31] Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die neuen Bildungs- und den Forschungsartikel der Bundesverfassung (Art. 27, 27 bis und 27 quater) vom 19. Januar 1972, BBl 1972 I 375 ff.

[32] Ebd., S. 424.

[33] Ebd., S. 422.

[34] Ebd.

viduellen Ungleichheiten abbauen, um für alle Menschen[35] die gleichen Voraussetzungen persönlicher Entfaltung zu schaffen.

Das Grundrecht erschöpft sich jedoch nicht in einer (programmatischen) Leistungspflicht des Staates, die vom Gesetzgeber noch zu umschreiben ist. Es gewährt als verfassungsmäßiges Recht auch „individuelle, prozessual verfolgbare Ansprüche"[36]. Diese erstrecken sich jedoch nicht auf jede beliebige Ausbildung, sondern nur auf eine „Ausbildung im Rahmen des bestehenden Bildungssystems". Der einzelne hat somit kein Recht auf Ausbau des Bildungswesens. Dieser „kann sich nicht nur nach den Wünschen der Bildungswilligen richten, sondern bestimmt sich auch nach den Bildungsbedürfnissen der Gesellschaft, d. h. nach dem Bedarf der Gesellschaft an Ausgebildeten"[37].

Der Leistungsanspruch aus dem Grundrecht findet seine Grenze ähnlich dem Abwehranspruch des Freiheitsrechts an anderen öffentlichen Rechtsgütern. Während aber das öffentliche Eingriffsinteresse in sinnvoller Weise als dem Freiheitsrecht entgegenstehend gedacht werden kann, muß das öffentliche Bildungsinteresse als dem Leistungsanspruch gleichgerichtet, gleichsam als ein von der öffentlichen Hand geschaffener Entfaltungsraum für den einzelnen betrachtet werden. Sozialstaatliche Entfaltungsfreiheit wird durch den Staat nicht beschränkt, sondern erst geschaffen.

Dieses Verhältnis von Freiheit und Leistungsstaat ist nicht harmonisierend zu verstehen. Das läßt sich an einem Beispiel zeigen: Der Bundesrat lehnt die 40-Stunden-Initiative ab, obwohl er der Freizeit „die Bedeutung eines wirtschaftlichen Gutes" zumißt, „das wesentlich zur individuellen und gesellschaftlichen Wohlfahrt beiträgt"[38]. Das Kriterium für seinen Entscheid mutet beinahe kollektivistisch an: „In jeder Gesellschaft gibt es ... eine gewisse Spannung zwischen den individuellen Wünschen einerseits und den Kolletivbedürfnissen andererseits. Gesellschaftspolitisch ist jene Lösung zu bevorzugen, die die Kollektivbedürfnisse bei möglichst weitgehender Wahrung der individuellen Entscheidungsfreiheit befriedigt[39]." — Die Güterabwägung erfolgt hier einseitig vom öffentlichen Interesse her und die Verhältnismäßigkeit gilt nur als Grundsatz der Schonung der Freiheit. Die Grundrechtsverpflichtung des Sozialstaates müßte Bundesrat und Parlament aber ebenso wie das Bundesgericht zur Frage verpflichten, wie die indivi-

[35] Auch für Ausländer, die in der Schweiz wohnen; ebd., 423.

[36] Ebd., S. 422.

[37] Ebd., S. 423.

[38] Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Volksinitiative zur Einführung der 40-Stunden-Woche (vom 26. November 1975), BBl 1975 II 2259 ff., 2275.

[39] Ebd., S. 2275 f.

duelle Entscheidungsfreiheit aller unter möglichster Wahrung der Kollektivbedürfnisse vermehrt werden kann[40].

Neben die öffentlichen Bedürfnisse tritt noch ein weiteres Kriterium der Beurteilung der Grenzen sozialstaatlicher Grundrechtsverpflichtung: das Maß des Möglichen, insbesondere des politisch Möglichen. Der Staat ist verpflichtet, Freiheitsräume zu schaffen, soweit dies nach dem Stand der gesellschaftlichen Errungenschaften und nach den politischen Gegebenheiten möglich ist. Diese Bedingung wirkt zugleich als Ansporn zu großen Anstrengungen und als Zügel, der zaghaftes Fortschreiten rechtfertigt. An dieser Bedingung verflüchtigt sich das soziale Grundrecht zum politischen Programm[41].

Daher sollte der Staat nach dem Vorschlag des Bundesrates nur verpflichtet werden, „das Bildungswesen im Rahmen des Möglichen und nach Maßgabe bildungspolitischer Richtlinien auszubauen"[42]. Für den Rechtsanspruch des einzelnen heißt das, daß das Grundrecht kein Verbot des numerus clausus abgibt, sondern lediglich ein Recht, an einem Bildungsinstitut aufgenommen zu werden, solange es Platz hat[43]. Damit reduziert sich die Bedeutung des sozialen Grundrechts auf ein allgemeines Diskriminierungsverbot im Leistungsstaat, das auch aus der Rechtsgleichheit gewonnen werden könnte[44].

In der Absicht, dem vorgeschlagenen Sozialrecht eine umfassendere Bedeutung zu verleihen, erweiterten die eidgenössischen Räte das Recht auf eignungsgemäße Ausbildung zu einem „Recht auf Bildung"[45]. Diese Ausdehnung scheint der Vorlage zum Verhängnis geworden zu sein. Sie wurde am 4. März 1973 zwar vom Volk angenommen, doch von den Ständen verworfen[46]. Mit dem Recht auf Bildung wurde der Rahmen des politisch Möglichen gesprengt.

Mit einer reinen Kompetenzbestimmung wäre wohl dasselbe zu erreichen gewesen wie mit einem umfassenden Sozialrecht. Aus diesem

---

[40] Vgl. vorne Ziffern 222.3 f.

[41] Dasselbe gilt freilich auch für „klassische" Grundrechte, wenn sie öffentlichen Gütern von großer politischer Bedeutung gegenüberstehen: So geht die Wehrpflicht der Glaubens- und Gewissensfreiheit zwar grundsätzlich vor, doch kann sich deren Wirkungsbereich ausdehnen. Ein Wandel der Anschauungen kann dazu führen, daß ein Zivildienst für Dienstverweigerer aus Gewissensgründen geschaffen wird. Damit kann „der politisch mögliche Raum für die Gewissensfreiheit des einzelnen geöffnet" werden (Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volksbegehren für die Schaffung eines Zivildienstes (Münchensteiner Initiative) vom 10. Januar 1973, BBl 1973 I 89 ff., 105).

[42] BBl 1972 I 375 ff., 422.

[43] Ebd., S. 423.

[44] Vgl. hinten Ziffer 265.6.

[45] Bundesbeschluß vom 6. Oktober 1972, BBl 1972 II 1027.

[46] BBl 1973 I 1195.

Grunde hatte der Bundesrat beispielsweise bereits ein Recht auf Umweltschutz abgelehnt: „Die verfassungsmäßige Garantie würde lediglich ein Gesetzgebungsprogramm darstellen ... Der vorgeschlagene, den Bundesgesetzgeber verpflichtende Kompetenzartikel enthält im Grunde genommen nichts anderes, aber er ist in eine Form gekleidet, die der Konzeption unserer Verfassung besser entspricht[47]." Grundrechtsgehalte hohen Unbestimmtheitsgrades, insbesondere solche ausschließlich programmatischen Charakters, werden besser als Kompetenzbestimmung gefaßt[48]. Umgekehrt heißt das aber auch, daß in reinen Kompetenzbestimmungen Gestaltungsaufträge enthalten sein können, denen die Bedeutung eines programmatischen Grundrechtsgehaltes zukommt. Damit stehen Grundrechtsordnung und Kompetenzordnung in wechselseitiger Beziehung: Nicht nur sind die Kompetenzen grundrechtskonform auszuüben, die Grundrechte sind auch kompetenzgemäß zu interpretieren — Inhalt und Schutzbereich der Grundrechte erweitern sich mit der Zunahme sozialgestaltender Kompetenzen des Staates.

Das Verhältnis von Grundrecht und Gesetzgebungskompetenz zeigt sich noch bei einer anderen (ebenfalls gescheiterten) Grundrechtsvorlage des Bundesrates. In der Botschaft zum *Verfassungsartikel über Radio und Fernsehen* wollte der Bundesrat nur die Grundzüge einer „Radio- und Fernsehfreiheit" in die Verfassung aufnehmen[49]. Die Ausgestaltung der „Grundsätze einer freiheitlichen und demokratischen Ordnung"[50] sollte Sache der Gesetzgebung sein. Um dem Umstand Rechnung zu tragen, daß die „bürgerlichen Individualrechte ... fundamentale Rechtssätze" bilden, „die in allen Sparten der Gesetzgebung immer wieder Berücksichtigung finden müssen"[51], wollte der Bundesrat die Bundeskompetenz aber ausdrücklich auf den Grundsatzgehalt einer Radio- und Fernsehfreiheit verpflichten. Wäre die Bestimmung angenommen worden, so würde sie in beispielshafter Weise die Grundrechtsverpflichtung des Leistungsstaates erläutern: Die bloße Gesetzgebungskompetenz als Programm wird durch allgemeine Grundsatzgehalte ergänzt und durch einzelne Richtlinien ausgestaltet.

---

[47] Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Artikel 24 septies betreffend den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt gegen schädliche oder lästige Einwirkungen (vom 6. Mai 1970), BBl 1970 I 761 ff., 778.

[48] Vgl. *J. P. Müller,* Soziale Grundrechte, S. 825 ff., 899 ff., bes. 913.

[49] Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend einen Verfassungsartikel über Radio und Fernsehen (vom 21. November 1973), BBl 1973 II 1231 ff., 1283. Die Vorlage wurde vom Parlament in einigen Punkten verändert und in der Volksabstimmung vom 26. September 1976 verworfen (vgl. BBl 1976 III 1153 ff.).

[50] Ebd., S. 1318, 1322.

[51] Ebd., S. 1283 f.

Die Radio- und Fernsehfreiheit gab dem Bundesrat Anlaß zu bemerkenswerten Äußerungen zum Wandel des Grundrechtsverständnisses:

> Den Freiheitsrechten ist gemeinsam, daß sie „entwicklungsgeschichtlich gesehen, vorerst eine Abwehr gegen die Allmacht und den Machtmißbrauch der absolutistischen und feudalistischen Herrschaftssysteme bildeten und sich in neuerer Zeit, weiter ausgebaut, auch gegen allfälligen Machtmißbrauch durch politische, wirtschaftliche und andere Gruppen und durch Einzelpersonen richten. Heute besteht weiter die Auffassung, daß dem Gesetzgeber die Pflicht überbunden sei, die staats- und machtfreie Sphäre des einzelnen nicht nur freiheitlich zu ordnen, sondern auch alle zusätzlichen Maßnahmen zu treffen, um diese Freiheiten in ihrem Bestand möglichst zu sichern (institutionelle Garantien)“[52].

Danach löst der Bundesrat die Probleme der Drittwirkung und der Grundrechtsverpflichtung des Leistungsstaates mit dem Hinweis auf entsprechende Veränderung der Grundrechtsauffassung. Damit kann aber nicht ein rein interpretativer Wandel gemeint sein. Die Grundrechte haben sich vielmehr in dem Maße gewandelt, als sie durch sozialgestaltende Kompetenzen des Staates in ihrem Grundsatz- und Programmgehalt ergänzt worden sind. Mit Blick auf die Menschenwürde läßt sich sagen, daß der Staat mit der Ausdehnung seines Auftrages für die Gesellschaftsordnung auch einen größeren Anteil an die Verwirklichung menschenwürdiger Lebensverhältnisse zu leisten hat.

In welchem Maße er heute an die Verwirklichung von Menschenwürde beiträgt, soll im folgenden an einigen Beispielen gezeigt werden.

253 Ausgewählte Bereiche der Gesetzgebung

253.1 Persönlichkeitsschutz

Der Schutz der Persönlichkeit ist eine fortdauernde Aufgabe der Gesetzgebung in allen Bereichen. Nicht nur in Art. 27/28 ZGB[53] und in Art. 49 OR, sondern in jeder Regelung persönlicher Rechtsverhältnisse hat der Gesetzgeber den Schutz der Persönlichkeit zu berücksichtigen. Deshalb steht beispielsweise bei den gesetzgeberischen Aufgaben des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes „der vermehrte Schutz jedes einzelnen Menschen im Vordergrund. Insbesondere in wirtschaftlichen, technischen, vor allem aber in sozialen Bereichen soll der Persönlichkeitsschutz besser ausgestaltet und verdeutlicht werden.

[52] Ebd., S. 1284.

[53] Vgl. den Vorentwurf der Expertenkommission für die Überprüfung des zivilrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit vom Dezember 1974, der in Art. 28 Abs. 1 ZGB ausdrücklich jedermann „in den Schranken der Rechtsordnung das Recht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit und auf Schutz vor widerrechtlichen Eingriffen in seine persönlichen Verhältnisse“ gewähren will. Nach Absatz 2 sollen zu den persönlichen Verhältnissen „insbesondere Leib und Leben, Privat- und Geheimbereich, Freiheit und Ehre“ gehören.

Namentlich soll der Schutz gegenüber Eingriffen durch Massenmedien und Datenbanken wie in all jenen Sachgebieten ausgebaut werden, die hauptsächlich das Individuum betreffen"[54].

Als Beispiel der Schließung einer schweren Lücke im Persönlichkeitsschutz darf heute auf die neue *Regelung des Kindesverhältnisses* verwiesen werden, die einer jahrhundertelangen unwürdigen Diskriminierung des Kindes unverheirateter Eltern ein Ende setzt. Ehelichkeit und Außerehelichkeit waren im bisherigen Recht nicht nur Rechtskategorien, sie entsprachen der „Vorstellung eines ausgeprägten Gegensatzes von Wert und Unwert ... Die Wurzeln dieser Wertung reichen tief ins Gebiet der Religion, der Ethik, der Psychologie und der Soziologie hinein. Ehelichkeit und Außerehelichkeit wurden dadurch zu irrationalen Begriffen von schicksalhaftem, fast mythischem Rang. Entsprechend wird das außereheliche Kind in der Rechtsordnung grundsätzlich hinter das eheliche zurückgesetzt ... Indessen ist das außereheliche Kind an den Umständen seiner Zeugung unschuldig und hat nicht weniger als das eheliche Anspruch auf Achtung seiner Menschenwürde"[55]. Man kann nur hoffen, daß die Einsicht des Gesetzgebers sich mit der Zeit auch in der Bevölkerung durchzusetzen vermag[56].

Lücken kennt der Persönlichkeitsschutz sodann gegenüber Eingriffen in die *persönliche Geheimsphäre,* die durch die technische Entwicklung ermöglicht worden sind. Gegen den Mißbrauch der heimlichen Telefonabhörung und des Einsatzes von Minispionen durch die Behörden richtet sich die parlamentarische Initiative über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre: „Das Recht auf den persönlichen Geheimbereich ist Ausdruck der Überzeugung, daß der einzelne sich nur dann zu einer Persönlichkeit entwickeln kann, wenn ihm hiefür ein freier Raum vor der Gemeinschaft und dem Staat sowie vor den andern einzelnen gewährleistet wird. Es gehört zu jenen Rechten, die in einer freiheitlichen Rechtsordnung dem einzelnen Menschen um seiner Persönlichkeit willen zustehen. Diese Rechte zu schützen, zählt zu den Aufgaben des Rechtsstaates[57]." Die Kommission schlägt daher eine richterliche und

[54] Bericht des Bundesrates über seine Geschäftsführung im Jahre 1975 (vom 1. März 1976), S. 119.

[55] Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesverhältnis) vom 5. Juni 1974, BBl 1974 II 1 ff., 9.

[56] Auch die nächste Revision des ZGB auf dem Gebiete des Familienrechts dürfte einiges zur Behebung einer Benachteiligung beitragen: jener der Frau in der Ehe. Der Vorentwurf der Expertenkommission sucht die Pesönlichkeit der Frau durch ihre Gleichstellung mit dem Mann in der Ehe zu fördern (S. 3 des Begleitberichts).

[57] Bericht der Kommission des Nationalrates zur parlamentarischen Initiative über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre vom 31. Oktober 1975, BBl 1976 I 529 ff., 564.

eine parlamentarische Kontrolle der behördlichen Überwachungsmaßnahmen vor. Nach Ansicht der Kommission stellt die Telefonabhörung „einen Eingriff in die Freiheit der persönlichen Entfaltung dar. Der Eingriff wirkt besonders schwer, weil er im Verborgenen, gewissermaßen hinter dem Rücken des Bürgers stattfindet. Dieser fühlt sich den Behörden ausgeliefert, weil er sich nicht wehren kann." — „Das Fehlen eines Rechtsweges droht den Betroffenen der Willkür der Behörden auszuliefern. Ungeachtet der Frage, ob heute die Eingriffsmöglichkeiten der zuständigen Beamten mißbraucht werden, drängt sich daher eine Regelung auf, die die Überwachungsmaßnahmen einer Kontrolle unterstellt[58]." Der Kommissionsentwurf schafft „einen Ausgleich zwischen den Sicherheits- und Staatsschutzaufgaben der Behörden und dem grundrechtlichen Anspruch des einzelnen auf den Schutz der persönlichen Geheimsphäre: Dem Staat wird der Eingriff in die persönliche Freiheit des Bürgers wo nötig gestattet, doch wird er zur Einhaltung eines rechtsstaatlichen Verfahrens verpflichtet. Dieses ist so ausgestaltet, daß zwar die Handlungsfreiheit der Behörden rechtlich eindeutiger abgegrenzt wird, ihre Fähigkeit zu raschem Eingreifen jedoch nicht beeinträchtigt ist"[59]. Der getroffene Ausgleich läßt das Sicherheits- und Staatsschutzinteresse der Öffentlichkeit grundsätzlich überwiegen und beschränkt sich auf die möglichste Schonung des persönlichen Geheimbereichs[60]. In einem einzigen Fall will die Kommission dem Grundrechtsinteresse generell den Vorrang zusprechen: Personen, die berechtigt wären, das Zeugnis zu verweigern (vor allem auch die nahen Angehörigen des Verdächtigen) dürfen nicht heimlich überwacht werden[61]. Die engsten persönlichen Beziehungen und das Vertrauen in die nächsten Mitmenschen sollen auch im öffentlichen Interesse nicht erschüttert werden. Freilich hat der Bundesrat in seiner Stellungnahme zur Kommissionsinitiative u. a. gerade diese Einschränkung des öffentlichen Interesses teilweise bekämpft[62].

Das Beispiel zeigt, daß der einzelne zum Schutze seiner Persönlichkeit und Menschenwürde in der komplexen modernen Gesellschafts- und Staatsordnung auf die gesetzliche Ausgestaltung der Freiheitsrechte angewiesen ist. Sonst ist er Geschehnissen, die für ihn völ-

---

[58] Ebd., S. 567.

[59] Ebd., S. 530.

[60] Im Einzelfall kann sich das öffentliche Interesse freilich als zu gering erweisen, so daß das Persönlichkeitsrecht des einzelnen obsiegt.

[61] Art. 66 Abs. 1 bis, zweiter Satz des Entwurfes; ebd., S. 538.

[62] Stellungnahme des Bundesrates an die Bundesversammlung zur parlamentarischen Initiative über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre (vom 11. August 1976), BBl 1976 II 1569 ff., 1571 f. Der Nationalrat hat sich am 3. Mai 1977 den Anträgen des Bundesrates angeschlossen (Amtl. Bull. NR 1977, S. 467 - 496).

lig undurchsichtig sind und gegen die er nichts unternehmen kann, gänzlich ausgeliefert. Der Mangel an Transparenz und das Fehlen der Partizipationsmöglichkeit raubt dem Menschen die Subjektqualität — seine Menschenwürde ist betroffen.

253.2 Arbeitsrecht und Mitbestimmung

Besondere Probleme der Verwirklichung von Persönlichkeitsschutz und Menschenwürde stellen sich im *Arbeitsrecht.*

Der Bundesgesetzgeber hat deshalb das Arbeitsverhältnis öffentlichrechtlichen Rahmenbestimmungen unterstellt, die Mindestanforderungen für die Gesundheitsvorsorge, die Unfallverhütung, die Arbeits- und Ruhezeit festlegen und jugendlichen und weiblichen Arbeitnehmern einen besonderen Schutz gewähren[63].

Auch die Regelung des Einzelarbeitsvertrages im Obligationenrecht trägt dem Abhängigkeitsverhältnis Rechnung. Allgemein wird der Arbeitgeber verpflichtet, im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen (Art. 328 Abs. 1 OR).

Bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses schulden sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer besonders gegenseitige Rücksichtnahme. Anspruch darauf hat vor allem „der Arbeitnehmer, der seine Person in den Dienst des Arbeitgebers stellt, so daß seine Entfaltung als Persönlichkeit wesentlich vom Arbeitsverhältnis bestimmt wird“[64].

Die grundsätzliche Auseinandersetzung um die Verwirklichung von Persönlichkeit und Menschenwürde des Arbeitnehmers dreht sich in letzter Zeit jedoch weniger um arbeitsrechtliche Vorschriften als um die Forderung der Arbeitnehmer auf *Mitbestimmung in Betrieb und Unternehmung.* Auch hier ist die Botschaft des Bundesrates aufschlußreich:

> Die sich wandelnden Arbeitsbedingungen und die Kompliziertheit der modernen Arbeitsprozesse stellen „an die Anpassungsfähigkeit und die psychische Widerstandskraft des arbeitenden Menschen ständig wachsende Anforderungen. Darüber hinaus mag der Arbeitnehmer vielfach unter dem Eindruck stehen, daß er als anonyme Nummer dem wirtschaftlichen Getriebe machtlos ausgeliefert sei. Es fehlt ihm der Einblick in die technischen und wirtschaftlichen Zusammenhänge und in die Zweckbestimmung seiner Arbeit. Die Tendenz zur Anonymität und der trotz anerkennenswerter Anstrengungen der Arbeitgeber oft vorhandene Mangel an Trans-

[63] BG über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964, SR 822.11.

[64] Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Arbeitsvertrag (vom 25. August 1967), BBl 1967 II 241 ff., 281.

parenz in den Betrieben bewirken, daß der Arbeitnehmer zum Teil das Gefühl hat, geistig isoliert zu sein. Die Monotonie gewisser moderner Produktionsabläufe trägt schließlich auch noch dazu bei, daß ein Teil der Arbeitnehmer in der ihnen zugewiesenen Arbeit nicht mehr eine Aufgabe sehen, die ihnen erlaubt, ihre Persönlichkeit am Arbeitsplatz und im Betrieb zur vollen Entfaltung zu bringen"[65].

Für den Bundesrat liegt die tiefere Rechtfertigung der Forderung nach Mitbestimmung im Bestreben, diese Schwierigkeiten zu überwinden, d. h. in einer „sozialethischen Motivation, welche die Persönlichkeit des einzelnen arbeitenden Menschen zu schützen und aufzuwerten trachtet"[66].

Die Persönlichkeitsentfaltung des Arbeitnehmers in Betrieb und Unternehmung stößt jedoch nach Ansicht des Bundesrates auf objektive Grenzen: Aus seiner Eingliederung in den Produktionsprozeß folgt für den Arbeitnehmer erfahrungsgemäß eine „dem Arbeitsverhältnis in der Organisation Unternehmung eigene Abhängigkeit, wobei allerdings durch geeignete Maßnahmen dafür gesorgt werden muß, daß die Unterwerfung unter fremde Leitungs- und Organisationsgewalt mit der Würde des Menschen vereinbar ist"[67].

Eine andere objektive Schranke liegt in der Unteilbarkeit der Verantwortung des Unternehmers in fundamentalen Fragen, die in der Natur der Sache liege. „Die Anerkennung der sozialethischen Motivation der Mitbestimmung und des von ihr angestrebten Ausgleichs der Fremdbestimmtheit des Arbeitnehmers vermag nichts daran zu ändern, daß auch in der Schweiz zwischen den Entscheidungsprozessen auf den Ebenen des öffentlichen Gemeinwesens und der privaten Unternehmung bis zu einem gewissen Grade Unterschiede bestehen müssen[68]."

Wenn man die Mitbestimmungsfrage mit dem Bundesrat unter den Gesichtspunkten von Menschenwürde und Persönlichkeitsentfaltung prüft, so müssen die aufgezeigten Grenzen vorerst anerkannt werden. Der Individualrechts- und Grundsatzgehalt der Menschenwürde verlangt zwar ein Mindestmaß an Transparenz der Arbeitsverhältnisse und ein Mitwirkungsrecht in betrieblichen Fragen, die sich unmittelbar auf die Bedingungen und Umstände des Arbeitsprozesses beziehen. Die Forderung nach Mitgestaltung der Unternehmenspolitik läßt sich dagegen nicht unmittelbar von der Menschenwürde ableiten. Immerhin können unternehmenspolitische Entscheidungen wie Fusionen und Be-

[65] Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesbeschlusses betreffend das Volksbegehren über die Mitbestimmung und einen Gegenvorschlag (vom 22. August 1973), BBl 1973 II 237 ff., 405 f.

[66] Ebd., S. 406.

[67] Ebd., S. 407.

[68] Ebd.

triebsschließungen existentielle Auswirkungen auf die Arbeitnehmer haben. Zumindest die mangelnde Transparenz der Unternehmenspolitik kann die Persönlichkeit der Arbeitnehmer schwer treffen. Nach dem Programmgehalt der Menschenwürde wäre zudem letztlich auch die Mitwirkung der arbeitenden Menschen an der Bestimmung des Schicksals der gesamten Unternehmung, die sie bilden, zu fordern. Die Verwirklichung dieser Forderung ist jedoch wieder eine Frage des politisch Möglichen.

Mit der Ablehnung der Demokratisierung der Wirtschaft verneint der Bundesrat die Möglichkeit integraler Mitbestimmung und verweist die Arbeitnehmer auf die demokratische Grundverfassung der Schweiz und das politische Instrumentarium: „Dem Arbeitnehmer ist auf die Dauer mit der Erhaltung einer umfassenden demokratischen Grundordnung auf staatspolitischer Ebene besser gedient als mit einer verwässerten Anwendung demokratischer Prinzipien im wirtschaftlichen Bereich[69]."

Es mag sein, daß diese Warnung unter den gegebenen Verhältnissen eine ernsthafte Schranke für die Verwirklichung des programmatischen Gehalts von Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht darstellt. Das würde jedoch nur das heute mögliche Maß dieser Verwirklichung angeben. Die programmatische Forderung bleibt davon unberührt.

253.3 Mißbrauchsgesetzgebung

Mißbrauch von Rechts- und Machtpositionen stellt oft eine Verletzung von Persönlichkeitsrechten dar, und zwar nicht nur beim typischen Knebelungsvertrag.

Beispielsweise wird die wirtschaftliche Persönlichkeit des Boykottierten verletzt, wenn seine Konkurrenten die Vertragsfreiheit dazu mißbrauchen, um ihn von der Teilnahme am Wettbewerb auszuschließen. Das Kartellgesetz als Mißbrauchsgesetz erklärt nicht das Kartell selber für unzulässig, sondern bloß die ungerechtfertigte Wettbewerbsbehinderung eines Dritten[70], den diskriminierenden Mißbrauch der wirtschaftlichen Macht, die sich im Kartell verbunden hat.

Während aber die Mißbrauchsgesetzgebung auf wirtschaftlichem Gebiet abgesehen vom Grundgedanken des Schutzes der Persönlichkeit vor dem Freiheitsmißbrauch anderer kaum auf die Menschenwürde ausgerichtet erscheint, dient die Mißbrauchsgesetzgebung z. B. im Mietwesen in sichtbarer Weise dem Schutz persönlicher Güter.

Artikel 34 septies Absatz 2 der Bundesverfassung[71] verpflichtet den Bund zum Erlaß von *Bestimmungen zum Schutze der Mieter vor miß-*

[69] Ebd., S. 408.

[70] Art. 4 Abs. 1 KG.

bräuchlichen Mietzinsen und anderen Forderungen der Vermieter. Dieser Gesetzgebungsauftrag ist eine besondere Ausgestaltung des Grundsatzes, wonach die Vertragsfreiheit ihre Grenzen am Rechtsmißbrauch und am Recht der Persönlichkeit des Partners findet (Art. 2 Abs. 2 ZGB und Art. 19 Abs. 2 OR). Der Gesetzgeber hatte diesen Grundsatz 1972 für das Mietrecht dort, wo „die gestörten Marktverhältnisse das Entstehen von Mißbräuchen besonders begünstigen", zu konkretisieren, um dem Mieter zu einer besseren rechtlichen Stellung zu verhelfen[72]. „Da bei einem Nachfrageüberhang auf dem Wohnungsmarkt der Vermieter sich in der stärkeren Verhandlungsstellung befindet, kann in dieser Vertragsfreiheit die Quelle von Mißbräuchen" liegen[73].

Zur Annahme eines Mißbrauches verlangte der Bundesrat noch die Ausnützung der Wohnungsnot[74], während sich der Bundesbeschluß der eidgenössischen Räte mit dem Zweck der „Erzielung eines unangemessenen Ertrages" begnügt[75]. Wohnungsnot ist nur noch objektive Voraussetzung der Anwendbarkeit des Beschlusses[76].

Ähnlich wie beim Bildungsartikel übernimmt hier der Staat die Aufgabe, bestehende Ungleichheiten — hier ein Machtgefälle unter Privaten — abzubauen. Besonders deutlich wird dies in der Botschaft des Bundesrates zur Mieterschutzinitiative ausgesprochen: „Eine immer wichtigere Aufgabe des Privatrechts besteht darin, selbst bei gestörtem Gleichgewicht zwischen den Vertragsparteien für einen angemessenen Interessenausgleich zu sorgen"[77]. Dies gilt vor allem dann, „wenn allgemein und damit strukturell zwischen den Parteien ein so starkes Ungleichgewicht besteht, daß der eine Kontrahent dazu verleitet wird, seine Vormachtstellung mißbräuchlich gegenüber dem anderen auszunützen"[78]. Der Bundesrat greift sodann auf die unterschiedliche Interessenlage der beiden Parteien zurück: „Während für den Vermieter vor allem finanzielle Interessen auf dem Spiel stehen, gehört die Wohnung zum Existenzbedarf des Mieters. Ein Wohnungswechsel bringt ... wegen des damit verbundenen Wechsels des persönlichen Lebensbe-

[71] Die Bestimmung wurde von den eidgenössischen Räten am 17. 12. 1971 in die bundesrätliche Verfassungsvorlage eingefügt und in der Volksabstimmung vom 5. März 1972 von Volk und Ständen angenommen.

[72] Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über dringliche Maßnahmen gegen Mißbräuche im Mietwesen (vom 24. April 1972), BBl 1972 I 1225 ff., 1231.

[73] Ebd., S. 1231.

[74] Ebd., S. 1251, Art. 14 Abs. 1.

[75] SR 221. 213.1, Art. 14 Abs. 1.

[76] Ebd., Art. 2 Abs. 2 und Art. 3.

[77] Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Volksinitiative für einen wirksamen Mieterschutz und einen Gegenvorschlag (vom 21. Juni 1976), BBl 1976 II 1345 ff., 1363.

[78] Ebd., S. 1363.

reichs oft auch zahlreiche menschliche Probleme für den Mieter und seine Familie mit sich." Darin liegt „ein dauerndes Ungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien, welches sozialpolitische Maßnahmen zugunsten der schwächeren Partei erfordert"[79].

Die Bekämpfung des Mißbrauchs erlangt damit die Bedeutung eines Abbaus gesellschaftlicher Machtgefälle im Dienste der Wahrung eines persönlichen Lebensbereiches aller Menschen.

253.4 Sozialversicherung

Über den beschränkten Abbau bestehender gesellschaftlicher Ungleichheiten, wie ihn die Mißbrauchsgesetzgebung bewirken kann, hinaus führt der Grundgedanke des Sozialversicherungsrechts: die Solidarität. Die Existenzsicherung jedes einzelnen soll von der Gemeinschaft mitgetragen werden.

Dazu dient in den meisten Zweigen der schweizerischen Sozialversicherung die lohnprozentuale Finanzierung. Diese „schafft einen Sozialausgleich zwischen Groß- und Kleinverdienern, zwischen den Geschlechtern und — wegen der Beitragsbefreiung der nichterwerbstätigen Ehefrauen und der Kinder — zwischen Alleinstehenden und Familien und begründet damit eine Solidarität unter den Versicherten"[80].

Das bedeutendste Solidaritätswerk, die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, wird am deutlichsten vom Bestreben getragen, jedem die finanziellen Voraussetzungen eines menschenwürdigen Lebens zu verschaffen. Nach dem sog. Dreisäulenprinzip fällt der AHV/IV die Aufgabe zu, „den Existenzbedarf zu sichern"[81]. Unter dem Existenzbedarf versteht der Bundesrat „nicht das biologische Existenzminimum schlechthin, unter dessen Grenze Leben und Gesundheit eines Menschen bedroht wären, sondern ‚einen unter den heutigen Gegebenheiten vertretbaren höheren Betrag, der erforderlich ist, um den alten Leuten einen einfachen, aber menschenwürdigen Lebensabend zu ermöglichen' . . ."[82].

---

[79] Ebd.

[80] So für den gescheiterten Vorschlag einer Großrisikoversicherung: Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 19. März 1973 zur Verfassungsrevision über die Krankenversicherung (BBl 1973 I 940 ff., 969 f.). Zur Solidarität im Rahmen der neuen obligatorischen Arbeitslosenversicherung vgl. die Botschaft des Bundesrates vom 3. September 1975 zur Neukonzeption der Arbeitslosenversicherung (BBl 1975 II 1557 ff., 1579 f.) und den Bundesbeschluß vom 8. Oktober 1976 (BBl 1976 III 627 ff.) über die Einführung der obligatorischen Arbeitslosenversicherung.

[81] Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf betreffend die Änderung der Bundesverfassung auf dem Gebiete der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge und Bericht über das Volksbegehren für eine wirkliche Volkspension (vom 10. November 1971), BBl 1971 II 1597 ff., 1613.

Damit wird einmal anerkannt, daß die Menschenwürde Mindestanforderungen an die ökonomische Lebenssicherung des Menschen stellt, sodann aber auch, daß diese Anforderungen veränderlich sind. Unter den heutigen Gegebenheiten vertretbar ist wohl das, was nach der wirtschaftlichen Entwicklung möglich und nach den Bedürfnissen moderner Lebensweise nötig ist. Der Bundesrat differenziert die Bedürfnisse sogar noch individuell, wenn er „zwischen den einzelnen Individuen Unterschiede" anerkennt und daher „den Existenzbedarf nicht absolut, sondern ‚angemessen' garantiert"[83]. Nur so wird auch unter dem Konzept der AHV/IV als Existenzsicherung verständlich, daß die Rentenbeträge überhaupt abgestuft werden: Versicherte mit höherem Verdienst haben nicht nur größere Beiträge an das Solidaritätswerk geleistet, sie sind auch an eine bessere Befriedigung der Lebensbedürfnisse gewohnt. Die Gleichstellung aller Versicherten würde für sie eine unzumutbare Beeinträchtigung der gewohnten Lebenshaltung bedeuten und damit ihre Entfaltungsmöglichkeiten hart treffen. Das Dreisäulenprinzip will deshalb den Betagten, Hinterlassenen und Invaliden auch grundsätzlich ermöglichen, die gewohnte Lebenshaltung beibehalten zu können[84].

253.5 Schutz des Menschen und seiner Umwelt

Die moderne gesellschaftliche Entwicklung hat zwar eine beträchtliche Hebung des materiellen Wohlstandes gebracht. Die zunehmenden Möglichkeiten des Menschen zur Nutzung der Natur haben aber auch neue Beeinträchtigungen des Wohlbefindens nach sich gezogen. Die Herrschaft des Menschen über die Natur wendet sich gegen den Menschen selber. Diesen Gefahren sucht der moderne Staat mit den Vorkehren des Umweltschutzes zu begegnen. Es geht dabei „um höchste Güter: um den Schutz gegen die Bedrohung unseres Lebensraumes, also um den Schutz der Heimat, und damit vorab um den Schutz des Menschen"[85]. Um des Menschen willen ist heute die natürliche Umwelt: „Tiere und Pflanzen einerseits, Luft und Boden anderseits, d. h. grundsätzlich alles, was zum Leben nötig ist"[86] schützenwert geworden.

Doch der Staat sorgt nicht nur für den Schutz vor der Schädigung lebensnotwendiger Elemente der natürlichen Umwelt, sondern auch für

---

[82] Ebd., S. 1616 (Mit Verweis auf den Bericht der Kommission für Altersfragen, S. 160).

[83] Ebd., S. 1616.

[84] Ebd., S. 1613.

[85] Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Artikel 24 septies betreffend den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt gegen schädliche oder lästige Einwirkungen (vom 6. Mai 1970) BBl 1970 I 761 ff., 773 f.

[86] Ebd., S. 775.

die Abwehr bloßer Belästigungen des Menschen durch künstliche Einwirkungen auf die Natur. Dabei geht es um die Wahrung eines weiteren Kreises von Persönlichkeitsgütern, die etwa mit dem Schlagwort der „Lebensqualität" umschrieben werden. Denn solche Belästigungen „können beim Menschen dazu führen, daß die Leistungsfähigkeit und die Lebensfreude, der Naturgenuß, das Gefühl der Ungestörtheit, das private Leben überhaupt beeinträchtigt werden. Darin liegt ein Angriff auf die Persönlichkeit und damit auf die Freiheit"[87].

Zum Schutz des Menschen und seiner Persönlicheit also entspricht der Bundesrat nach Möglichkeit der „Forderung nach einem Wandel von einem quantitativen zu einem qualitativen Wachstum"[88]. „Grundsätzlich geht es darum, auf die Lenkung des technischen Fortschrittes ... vermehrt Einfluß auszuüben und die Entwicklung nicht einfach als schicksalsgegeben hinzunehmen. Es sollen neue Rahmenbedingungen gesetzt werden, die das freie Spiel der Marktwirtschaft so beeinflussen, daß es mit den Anforderungen einer sauberen, ruhigen und lebensfreundlichen Umwelt im Einklang steht[89]."

Der Mensch soll die technische Entwicklung in den Griff bekommen, die Schicksalshaftigkeit seines eigenen Werkes durchbrechen: Nicht nur ein Umdenken ist da gefordert, auch eine Ausrichtung der Wirtschaft auf neue Werte. Praktische und politische Schwierigkeiten können nicht ausbleiben.

Deshalb ersucht der Bundesrat die Bundesversammlung um Zustimmung zu seinen Zielsetzungen und zu den vorgesehenen Maßnahmen[90]. Dabei bekundet er unmißverständlich seine Auffassung, „daß jede Unternehmung nicht völlig losgelöst von der sozialen Umwelt planen und entscheiden darf. Wer sich durch verschärfte neue Forderungen, die der Verbesserung der Lebensqualität und damit dem Gemeinwohl dienen, überraschen läßt, muß die Folgen dieser Kurzsichtigkeit selber verantworten"[91].

Die Verwirklichung des Vorranges humanitärer und qualitativer Aspekte des Lebens vor dem mehr quantitativen technischen und wirt-

[87] Ebd., S. 776.

[88] Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über Abgase und Lärm der Motorfahrzeuge (vom 20. November 1974), BBl 1975 I 25 ff., 28.

[89] Ebd., S. 27. Die Ausführungen betreffen zwar bloß das Problem der Motorfahrzeugimmissionen, können aber für weitere Bereiche des Umweltschutzes gelten.

[90] Ebd., S. 38.

[91] Ebd., S. 27 f. Freilich ist der Bundesrat bereit, die interessierten Kreise anzuhören. Mit seltener Schärfe wendet er sich jedoch gegen jene, welche sich dem neuen Ziel grundsätzlich widersetzen. Seine Bereitschaft zum Gespräch hört dort auf, „wo offensichtlich extrem übersetzte Forderungen gestellt werden oder eine Verwässerung der Zielsetzungen angestrebt wird" (S. 28).

schaftlichen Wachstum, welche die Richtlinien der Regierungspolitik 1971 - 1975 gefordert haben[92], wird großer Anstrengungen bedürfen[93]. Oft wird es nur möglich sein, unmittelbare Gefahren technischer Entwicklungen zu bannen[94] oder gar nur zu verrringern[95]. Die Forderungen, die im Namen der Menschenwürde oder der Lebensqualität erhoben werden, treten immer wieder in Gegensatz zu technischen, wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Erfordernissen, denen teilweise zu Recht der Charakter der objektiven Notwendigkeit oder des überwiegenden öffentlichen Interesses anhaftet[96].

253.6 Ausländerpolitik

Die Politik der Überfremdungsabwehr ist von einem besonders engen Verhältnis von Menschenwürde und wirtschaftlichen Interessen geprägt. Während jedoch beide in Zeiten der Hochkonjunktur die Stellung der Ausländer in der Schweiz eher begünstigen, stehen sie sich in Zeiten der Rezession gegenüber.

Der Bundesrat hat sich stets bemüht, in der Ausländerpolitik die menschlichen Grundwerte zu wahren. Die „humane Gesinnung"[97], die „Gebote der Menschlichkeit"[98] oder die Europäische Menschenrechtskonvention[99], verbieten es jeweils, den Forderungen der Überfremdungsinitiativen zu entsprechen.

Gegenüber der dritten Überfremdungsinitiative skizziert der Bundesrat sogar eine Ausländerpolitik, welche die Ausländer „als ebenbürtige Mitmenschen in unsere Gesellschaft aufzunehmen" gedenkt[100] und danach trachtet, ihnen „die gleichen Chancen hinsichtlich Schulung, Weiterbildung und Unterkunft einzuräumen"[101]. Der Bundesrat strebt

[92] BBl 1972 I 1032 f.

[93] Das zeigt beispielsweise die Verwerfung des Raumplanungsgesetzes in der Volksabstimmung vom 13. Juni 1976.

[94] Vgl. z. B. das BG über Sicherheit technischer Einrichtungen und Geräte vom 19. März 1976, BBl 1976 I 1066 ff.

[95] z. B. scheint es aussichtslos, die tägliche Vernichtung von Leben im Straßenverkehr und das dadurch geschaffene Leid je völlig zu beseitigen. Vgl. die Bekämpfung der Unfallgefahr und der Unfallfolgen mit den Vorschriften über die Geschwindigkeitsbegrenzung (SR 741.121.1 und 741.121.2), die Pflicht zum Tragen von Sicherheitsgurten (VRV Art. 3 a, SR 741.11) und das Unfallverhütungsbeitragsgesetz (BG vom 25. Juni 1976, BBl 1976 II 1026).

[96] Immerhin gilt es jeweils differenziert zu prüfen, ob die Notwendigkeit nicht nur eine solche des Denkens innerhalb festgefahrener Bahnen und das öffentliche Interesse nur ein scheinbares ist, das der Rechtsgüterabwägung nicht standhält.

[97] BBl 1967 II 69 ff., 87.

[98] BBl 1969 II 1044 ff., 1062; 1976 I 1337 ff., 1366.

[99] BBl 1969 II 1044 ff., 1055.

[100] BBl 1974 I 190 ff., 215.

[101] Ebd., S. 215.

eine Gesamtordnung für Ausländer an, die „durch gezielte Eingliederungsmaßnahmen die Voraussetzungen schafft, daß die mit uns lebenden Ausländer menschlich und sozial gleich wie Schweizer Bürger behandelt werden“[102].

Der geforderte massive Abbau des Ausländerbestandes wäre „unter humanitären und sozialen Gesichtspunkten nicht zu verantworten“, weil dies zur Folge hätte, daß zahlreiche Niedergelassene, „die auf Grund ihrer langjährigen Anwesenheit in der Schweiz in guten Treuen damit rechnen konnten, bei uns eine zweite Heimat gefunden zu haben“ einer ungewissen Zukunft entgegensehen müßten[103]. Demgegenüber verspricht der Bundesrat, er werde seine bisherige Ausländerpolitik „im Sinne einer verantwortbaren, den humanitären, sozialen, politischen und wirtschaftlichen Erfordernissen Rechnung tragenden Überfremdungsabwehr ... fortsetzen, auch wenn sie von unserer Wirtschaft schwere Opfer verlangt“[104].

Das vierte Überfremdungsbegehren, das die Ausreise von ca. 30 000 Ausländern pro Jahr bedingt hätte, fiel hingegen in die Zeit der Rezession. Der Bundesrat verwarf es mit folgenden Gründen:

> „Da bei einem wirtschaftlichen Wiederaufschwung die Zahl der freiwilligen Ausreisen erheblich zurückgehen wird, müßten jedes Jahr Tausende von Ausländern zusammen mit ihren Familien aus unserem Land weggewiesen werden. Ein solches Vorgehen widerspräche den elementaren Geboten der Menschlichkeit. Auch volkswirtschaftlich wäre der verlangte Ausländerabbau untragbar[105].“

Man wird den Eindruck nicht los, die Menschlichkeit wisse nur im volkswirtschaftlichen Lichte zu leuchten. Daß die sogenannt „freiwilligen“ Ausreisen in der Rezessionszeit zu recht unmenschlichen Bedingungen erfolgen, die der Bundesrat in der Begrenzungsverordnung zum Teil selber geschaffen hat[106], wird aus wirtschaftlichen und sozialen Gründen offenbar geduldet. Es dient sowohl der Entlassungspolitik der Betriebe wie den arbeitslosen Einheimischen. Dafür, daß die Arbeitslosigkeit in den Heimatstaaten der meisten Ausreisenden ein Vielfaches dessen beträgt, was sie in der Schweiz ausmacht, sind die Schweizer Behörden nicht verantwortlich.

---

[102] Ebd., S. 216.

[103] Ebd., S. 217.

[104] Ebd. Die Opfer, die im Verzicht der Wirtschaft auf benötigte Arbeitskräfte liegen, wurden allerdings in ebenso großem Ausmaß von den arbeitslosen Ausländern erbracht, die in der Schweiz keinen Erwerb fanden.

[105] BBl 1976 I S. 1337 ff., 1366.

[106] Vgl. die Maßnahmen zum Schutz der einheimischen Arbeitnehmer in der Verordnung über die Begrenzung der Zahl der erwerbstätigen Ausländer (vom 9. Juli 1975), SR 823.21, Art. 21.

Die Ausländerpolitik ist ein deutliches Zeichen dafür, wie sehr das Gebot der Menschlichkeit unter den Druck anderer legitimer Grundsätze geraten kann. Der Bundesrat hat in seiner Ausländerpolitik „humanitäre, soziale, politische und wirtschaftliche Erfordernisse" zu berücksichtigen[107]; bei der Abwägung all dieser Erfordernisse kann es geschehen, daß das Humanitäre seinen ersten Rang einbüßt. Es wäre unrealistisch, zu leugnen, daß Menschlichkeit, zumal wenn sie etwas kostet, an den Grenzen des wirtschaftlich und politisch Möglichen ein Ende findet.

253.7 Entwicklungshilfe

Auch im Rahmen der Entwicklungszusammenarbeit verbinden sich humanitäre und wirtschaftliche d. h. außenwirtschaftspolitische Erwägungen.

Das Bundesgesetz vom 19. März 1976 über die internationale Entwicklungszusammenarbeit und humanitäre Hilfe[108] beruht auf dem Prinzip der Solidarität und auf der gegenseitigen Achtung der Rechte und Interessen der Partner[109], auf der „mitmenschlichen Verpflichtung, Not, Elend und Armut anderer nicht auf sich beruhen zu lassen, sondern zu ihrer Überwindung das Mögliche beizutragen"[110]. Während die humanitäre Hilfe u. a. innerhalb von Krieg und Katastrophen „den Geist der Menschlichkeit inmitten von Not und Bitterkeit hochhält", wirkt die Entwicklungszusammenarbeit auch „übermäßigen wirtschaftlich-sozialen Ungleichheiten zwischen den Völkern" entgegen[111].

Diese Zielsetzungen entsprechen vollauf den Grundsätzen der Solidarität und des Abbaus sozialer Ungleichheiten, wie sie in der inneren Gesetzgebung zu finden sind[112]. Deutlicher als anderswo sind aber die Zielsetzungen nicht nur in den Erläuterungen der Botschaft des Bundesrates, sondern auch im Beschluß des Parlaments enthalten:

> „Die Entwicklungszusammenarbeit unterstützt die Entwicklungsländer im Bestreben, die Lebensbedingungen ihrer Bevölkerung zu verbessern. Sie soll dazu beitragen, daß diese Länder ihre Entwicklung aus eigener Kraft vorantreiben. Langfristig erstrebt sie besser ausgewogene Verhältnisse in der Völkergemeinschaft[113]."

Hilfe zur Entwicklung heißt hier Hilfe zur Selbsthilfe mit dem Ziel, wirtschaftliche und soziale Gefälle abzubauen.

---

[107] BBl 1976 I 1373 ff., 1380.

[108] SR 970.1.

[109] Ebd., Art. 2 Abs. 1.

[110] Botschaft des Bundesrates vom 19. März 1973, BBl 1973 I 869 ff., 873.

[111] Ebd., S. 873.

[112] Vgl. vorne Ziffern 252, 253.3 und 253.4.

[113] Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes.

„Entwicklung meint im vorliegenden Zusammenhang qualitative und quantitative Verbesserung der Lebensbedingungen in den Entwicklungsländern. Die Zusammenarbeit gilt fürs erste dem Abbau der entwicklungshemmenden Umstände in den betroffenen Ländern selbst. Diese leiden in der Regel an gravierenden Ungleichheiten verschiedener Art, so z. B. in bezug auf die Einkommensverhältnisse oder die Bildungs- und Aufstiegsmöglichkeiten, was sich in einem sozialen Immobilismus niederschlägt, der ihr Potential großenteils brachliegen läßt. Ein weiterer ... Ansatzpunkt der Entwicklungszusammenarbeit ist die internationale Stellung der Entwicklungsländer[114]."

Auf dem Wege der Hilfe zur Selbsthilfe „soll den Entwicklungsländern ermöglicht werden, sich aus der übergroßen Abhängigkeit von den industrialisierten Ländern zu befreien und sich möglichst gleichberechtigt und zum allseitigen Vorteil in die Weltwirtschaft einzugliedern"[115].

Diese weitreichenden Zielsetzungen beruhen auf grundlegenden Erkenntnissen über die Zusammengehörigkeit der Staatengemeinschaft:

„Schon das Erlebnis des Ersten Weltkrieges, dann aber vor allem jenes des Zweiten haben die Notwendigkeit eines weltweiten Interessenausgleichs, der Schaffung möglichst gleicher Chancen für alle Menschen und Völker und der dafür vorauszusetzenden internationalen Zusammenarbeit einleuchtend gemacht."

„Die Menschheit wurde aufmerksam auf die großen — teilweise extremen — Ungleichheiten, die in bezug auf Wohlstand und Fortkommenschancen für den einzelnen Menschen zwischen den Völkern der Welt bestehen. Diese Ungleichheiten wurden nicht nur vielfach als unmenschlich und ungerecht empfunden; es wurde auch eingesehen, daß sie Herde gefährlicher politischer Spannungen sowie Hindernisse für eine gesunde wirtschaftliche Entwicklung und für vernünftige internationale Arbeitsteilung sind[116]."

Die Vermischung des Gebots der Menschlichkeit mit weltpolitischen und wirtschaftlichen Erfordernissen ist unvermeidlich. Dies hindert jedoch nicht, daß das Gesetz die technische Zusammenarbeit als erster Form der Entwicklungshilfe auf den einzelnen Menschen ausrichtet:

Sie „bezweckt, durch Vermittlung von Wissen und Erfahrung die Entfaltung der Menschen zu fördern und sie zu befähigen, ihre wirtschaftliche, soziale und kulturelle Entwicklung, innerhalb ihrer eigenen Gesellschaft, mitzugestalten"[117].

Freilich gilt auch im Rahmen dieser persönlichkeitsorientierten Zielsetzung die hauptsächliche Anstrengung der „Gemeinschaft, deren Leistungsfähigkeit es zu steigern gilt"[118].

Das Beispiel der Entwicklungsländer zeigt deutlich, daß die Entfaltung des einzelnen Menschen und jene der Gemeinschaft als Ganzes in

[114] Botschaft vom 19. März 1973, BBl 1973 I 869 ff., 905 f.
[115] Ebd., S. 906.
[116] BBl 1973 I 876.
[117] Art. 6 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes.
[118] BBl 1973 I 907.

gegenseitiger Abhängigkeit stehen. Es zeigt aber darüber hinaus auch, daß Solidarität nicht nur ein Gebot der Menschlichkeit, sondern auch der politischen und wirtschaftlichen Klugheit darstellt[119].

254 Zusammenfassung

Aus den Grundlagen der Entwicklungszusammenarbeit ist etwas ausführlicher zitiert worden, weil dieses Beispiel besonders anschaulich macht, welche Bedeutung dem Programm- und Grundsatzgehalt der Menschenwürde in der skizzierten Praxis der politischen Behörden zukommt.

Der Grundsatz der Hilfe zur Selbsthilfe weist auf die Beschränkung des Staatsauftrages in der Verwirklichung von Menschenwürde hin: das Gemeinwesen hat nur die Voraussetzungen zu schaffen[120], unter denen menschliche Entfaltung ermöglicht wird.

Diese aber steht im Zentrum der Zielsetzung. Sie setzt Wissen und damit Ausbildung voraus, sowie die Transparenz der Lebensbedingungen, damit der Mensch befähigt wird, an seinem Schicksal und jenem seiner Gesellschaft mitzuwirken[121].

Der Staat hat ferner danach zu trachten, daß die Chancen dieser Entfaltung für alle Mitglieder der Gemeinschaft möglichst gleich sind[122].

Mit der Forderung nach Chancengleichheit tritt neben das individuelle Element der Entfaltung das soziale der Solidarität: Zu den Voraussetzungen der Entfaltung aller zählt auch die Gewährleistung einer minimalen sozialen Menschenwürde, die jedem seinen Existenzbedarf sichert[123]. Das Gemeinwesen nimmt die mitmenschliche Verpflichtung wahr, Not, Elend und Armut zu überwinden[124].

Über diesen Minimalstandard der Gleichheit hinaus gehört es zu den Aufgaben des Leistungsstaates, nach Möglichkeit die sozialen und wirtschaftlichen Ungleichheiten abzubauen[125] und Abhängigkeiten, die einer möglichen Entfaltung entgegenstehen, aufzuheben[126]. Grundsätzlich ist allen die Chance gleicher Teilhabe an den Errungenschaften der modernen Gesellschaft zu verschaffen[127].

---

[119] Vgl. dazu ebd., S. 889.

[120] Vgl. dazu die Richtlinien der Regierungspolitik 1971 - 1975, BBl 1972 I 1033, vorne Ziffer 251.

[121] Vgl. ebd., S.1071, Ziffer 251 und Ziffer 253.3, Mitbestimmung.

[122] Vgl. Ziffer 252, Recht auf Ausbildung und Ziffer 253.6.

[123] Vgl. Ziffer 253.4.

[124] Vgl. Ziffer 253.7.

[125] Vgl. Ziffer 253.3.

[126] Vgl. Ziffer 253.7.

Vor allem im letzten Aufgabenbereich stößt der Staat immer wieder an die Grenzen des Maßes heute möglicher Verwirklichung von Menschenwürde. Die Entfaltung des einzelnen Menschen und die Entwicklung seiner Gesellschaft stehen in gegenseitiger Abhängigkeit. Der Entwicklungsstand der Gesellschaft wird von den Kräften ihrer Mitglieder getragen, aber ebenso wird die soziale Freiheit der einzelnen Menschen durch den Entfaltungsraum bestimmt, den die Gemeinschaft bereits errichtet hat[128]. Das Maß möglicher Verwirklichung von Freiheit und Solidarität hängt weitgehend ab vom Stand der wirtschaftlichen Leistungskraft und von der Reife der politischen Strukturen. Persönliche Entfaltung muß sich weitgehend an den Rahmen der öffentlichen Bedürfnisse und an das Maß des wirtschaftlich, gesellschaftlich und politisch Möglichen halten[129].

Dieses Verhältnis wandelt sich nun erstmals unter dem Stichwort der Förderung der Lebensqualität[130]: Der Mensch hat erkannt, daß die Entwicklung der wirtschaftlichen Möglichkeiten die persönliche Entfaltung aller einzuschränken beginnt. Und erstmals ist es die persönliche Entfaltung, die die Rahmenbedingungen der wirtschaftlichen und technischen Entwicklung bestimmt, statt umgekehrt. Das qualitative Interesse beginnt das quantitative zu überwiegen[131].

255 Exkurs: Die Europäische Menschenrechtskonvention

Seit dem 28. November 1974 gilt die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) auch für die Schweiz[132]. Damit ist eine weitere Rechtsquelle des Grundrechtsschutzes geschaffen worden, die in vielen Bereichen unmittelbar anwendbares Recht schafft, das die landesrecht-

---

[127] Vgl. die Richtlinien der Regierungspolitik 1971 - 1975, BBl 1972 I 1033, vorne Ziffer 251.

[128] Vgl. vorne Ziffer 252, Recht auf Ausbildung.

[129] Ziffer 252, Recht auf Ausbildung.

[130] Vgl. Ziffer 253.5.

[131] Vgl. die Richtlinien der Regierungspolitik 1971 - 1975, BBl 1972 I 1032. Diese Umwertung entspringt derselben Fragestellung, die vorne unter Ziffer 222.4 für die umfassende Bestimmung der Verhältnismäßigkeit gefordert worden ist: Ebenso wie nach der im öffentlichen Interesse zulässigen Grundrechtsbeschränkung ist nach der im Grundrechtsinteresse gebotenen Beschränkung öffentlicher Güter zu fragen. Oder: unter dem Aspekt der Lebensqualität wird Grundrechtsschutz zum überwiegenden öffentlichen Interesse.

[132] Die Schweiz ratifizierte an diesem Datum die Konvention, anerkannte die Zuständigkeit der Europäischen Kommission für Menschenrechte und die Gerichtsbarkeit des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte. Nicht beigetreten ist die Schweiz hingegen dem ersten und dem vierten Zusatzprotokoll, die weitere Grundrechte gewährleisten (vgl. die Botschaft des Bundesrates vom 4. März 1974, BBl 1974 I 1035 ff., 1068; Bundesbeschluß vom 3. Oktober 1974, AS 1974, 2148).

liche Ordnung ergänzt. Es stellt sich die Frage, ob auf diese Weise auch der Gehalt des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde verändert wird.

Es ist hier nicht der Ort, die Bedeutung dieser neuen Rechtsquelle für die Schweiz im einzelnen darzulegen. Es darf davon ausgegangen werden, daß die EMRK von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden in jenen Bestimmungen, die konkret genug gefaßt sind, um als justiziabel zu gelten, unmittelbar angewendet werden muß[133]. Und obwohl die Organe der EMRK keine letztinstanzlichen Entscheide schweizerischer Behörden aufheben können, ist die Praxis der Straßburger Behörden als für die Schweiz verbindlich zu anerkennen.

Es kann ferner angenommen werden, daß mit der Ratifikation der Konvention dem Schweizerischen Bundesgericht im Umfange der Konventionsgarantien die konkrete Verfassungsgerichtsbarkeit über bestehende Bundesgesetze verliehen worden ist. Nach Praxis und herrschender Lehre hat die Konvention als Staatsvertrag „zumindest Gesetzesrang"[134] und geht daher früheren Bundesgesetzen im Einzelfall vor.

Maßgebende Autoren und der Sprecher der Kommission des Nationalrates haben sogar verlangt, daß die Konvention späteren Bundesgesetzen vorgehen solle[135]. Wenn der Vorrang der Staatsverträge und des

---

[133] *D. Schindler,* Bedeutung der EMRK, ZSR NF Bd. 94 (1975) I S. 366; *J. P. Müller,* Anwendung der EMRK, S. 383.

[134] BGE 101 IV 252 ff., 253; *S. Trechsel,* Menschenrechtskonvention, S. 161; *D. Schindler,* S. 369; *J. P. Müller,* Anwendung der EMRK, S. 380. Vgl. die Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesbeschluß über die dringliche Änderung des Militärstrafgesetzes vom 2. März 1977, BBl 1977 I 1129 ff., 1137 ff.

[135] Nach *J. P. Müller,* ebd., sprechen dafür „Gründe der Praktikabilität, der Einheit der Rechtsordnung, mitunter auch der Rechtsgleichheit". Nach *D. Schindler,* S. 369 wäre dies mit Art. 113 Abs. 3 BV vereinbar. Nationalrat Barchi hat namens der vorberatenden Kommission dieselbe Forderung erhoben (Amtl. Bull. NR 1974, S. 1465): „l'importance et la nature de la Convention européenne des droits de l'homme exigent qu'on lui confère une primauté aussi à l'égard des lois fédérales postiérieures." Die Botschaft des Bundesrates (BBl 1974 I 1053 f.) geht hingegen stillschweigend davon aus, daß die Kompetenz des Bundesgerichts durch die Ratifikation der EMRK nicht erweitert würde. *S. Trechsel* (S. 167 f.) weist darauf hin, daß der Entscheid über diese Frage davon abhängt, ob der EMRK Verfassungsrang zugesprochen wird. Da er dies ablehnt (S. 161) kommt er zum paradoxen Schluß, daß sie als völkerrechtlicher Vertrag auch gegenüber späteren Bundesgesetzen vorgeht: „dank dem Umstand, daß die MRK nicht mit Verfassungsrang, sondern lediglich auf einer niedrigeren Stufe in das schweizerische Recht integriert wird, erlangt sie einen tatsächlichen wirksamen Übergesetzesrang" (S. 168).

Nach der bisherigen Praxis des Bundesgerichts kann noch nicht mit Sicherheit gesagt werden, ob das Gericht der erhobenen Forderung folgen wird. Im Entscheid 101 I a 67 ff., 69 hat es die Konventionsrechte nicht nur verfahrensrechtlich den verfassungsmäßigen Rechten der BV gleichgestellt, sondern auch materiell festgestellt, die von der EMRK gewährleisteten Rechte

Völkerrechts insgesamt vor den Bundesgesetzen in der Praxis des Bundesgerichts auch noch nicht in jedem Fall gesichert ist[136], so wäre er zumindest für die EMRK dringend erwünscht.

Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung genügt jedoch bereits der Umstand, daß die Konventionsrechte allen Erlassen der Kantone, den älteren Bundesgesetzen und all jenen Erlassen des Bundes, die Bundesgesetzen nachgeordnet sind, vorgeht, und daß alles Bundesrecht zumindest konventionskonform ausgelegt werden muß[137]. Denn schon damit ist die EMRK grundsätzlich geeignet, den Gehalt des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde in der Schweiz zu ergänzen.

Auf der grundsätzlichen Ebene ist jedoch von den Rechten der Konvention kaum eine Bereicherung des Gehalts der Menschenwürde in der Schweiz zu erwarten. Die Rechte der EMRK „haben einen ausgesprochen punktuellen Charakter: Sie umreißen bestimmte individuelle Rechtspositionen als Ausdruck eines vom europäischen Erbe getragenen Minimalstandards für die Gestaltung der Beziehungen zwischen Staat und Einzelperson"[138]. Der Grundrechtsschutz, den das Bundesgericht aus der Bundesverfassung entwickelt hat, reicht viel weiter als die punktuellen Rechte, die die EMRK gewährleistet[139]. Dies sei im folgenden anhand der einzelnen Rechte, die für den Grundsatz der Menschenwürde von Bedeutung sein könnten, angeführt[140].

Art. 2 EMRK gewährt jedem Menschen ein Recht auf Leben. Der konkrete Gehalt dieses Rechts gestattet es der Menschenrechtskommission jedoch nicht, „in Art. 2 eine allgemeine Garantie der Persönlichkeitsentfaltung hineinzulegen"[141].

---

hätten „ihrer Natur nach einen verfassungsrechtlichen Inhalt" (ebenso BGE 101 IV 252 ff., 253). Sollte sich das Bundesgericht in diesem Punkte ebenfalls über die staatsvertragliche Natur des EMRK hinwegsetzen, so würde es sich der neuen Überprüfungsbefugnis berauben und müßte sich auf die konventionskonforme Auslegung der Bundesgesetze beschränken. Damit würde jedoch der Grundsatz der funktionellen Äquivalenz der Instanzen, der mindestens seinem Grundgedanken nach auf die Straßburger Behörden ausgedehnt zu werden verdient, beeinträchtigt: Die Organe der EMRK hätten eine ausgedehntere Überprüfungsbefugnis als das Bundesgericht als Vorinstanz; sie könnten Beschwerden gutheißen, auf die das Bundesgericht nicht eintreten dürfte!

[136] Vgl. BGE 99 I b 39 ff., 44. Danach wäre denkbar, daß sich das Bundesgericht an künftige konventionswidrige Bundesgesetze gebunden erachten wird, wenn der völkerrechtliche Mangel vom Bundesgesetzgeber bewußt in Kauf genommen worden ist.

[137] Vgl. dazu *J. P. Müller,* Anwendung der EMRK, S. 388 ff.; *D. Schindler,* S. 367; *S. Trechsel,* S. 162.

[138] *J. P. Müller,* Anwendung der EMRK, S. 374; vgl. *S. Trechsel,* S. 91.

[139] *J. P. Müller,* Anwendung der EMRK, S. 376. Vgl. BGE 102 I a 279 ff., 283.

[140] Vgl. dazu bereits die Arbeit von *B.-F. Junod,* die bei ähnlichem Vorgehen zum selben Schluß gelangt: La Suisse et la Convention européenne des droits de l'homme, Neuchâtel 1968, S. 15 - 119.

Nach Art. 3 darf niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden. Damit wird in erster Linie die körperliche (und psychische) Integrität des Menschen geschützt[142]. Die Kommission hat jedoch unter diesem Titel Beschwerden abgewiesen, die das Bundesgericht vermutlich aufgrund der persönlichen Freiheit gutheißen könnte[143].

Auch das Verbot der Sklaverei und der Zwangs- oder Pflichtarbeit nach Art. 4 reicht nicht weiter als die Praxis zur persönlichen Freiheit in der Schweiz[144].

Dem Wortlaut nach gewährleistete Art. 5 zwar generell ein Recht auf Freiheit und Sicherheit. Doch handelt es sich auch hier im einzelnen um Minimalgarantien vor allem formeller Natur[145]. Geschützt wird nur die körperliche Bewegungsfreiheit, und zwar bloß vor dem Entzug der Freiheit, nicht auch vor ihrer Beschränkung[146]. Der Begriff der Sicherheit wäre an sich geeignet, ein neues Element in das schweizerische Grundrechtsdenken einzubringen[147]. Doch kommt ihm neben dem Begriff der Freiheit keine eigenständige Bedeutung zu[148]. Die Sicherheit erschöpft sich im rechtsstaatlichen Schutz der körperlichen Bewegungsfreiheit[149] und fällt so mit der Freiheit zusammen. Auch diese gewährleistet nur einen Ausschnitt aus der persönlichen Entfaltungsfreiheit, wie sie vom Bundesgericht entwickelt worden ist. Dabei schafft sie verfahrensrechtliche Garantien, die zum Teil über den Stand des schweizerischen Prozeßrechts hinausführen[150]. In den materiellen Anforderungen bleibt sie aber hinter dem zurück, was aus schweizerischer Sicht rechtsstaatlich notwendig erscheint[151].

---

[141] *L. Wildhaber,* Die materiellen Rechte der Konvention, ZSR NF Bd. 94 (1975) I, S. 514.

[142] *S. Trechsel,* S. 178.

[143] *L. Wildhaber,* Die materiellen Rechte der Konvention, S. 517 (Isolierhaft, „hartes Lager", u. a.); *F. G. Jacobs,* The European Convention, S. 26 ff., 30. Vgl. BGE 99 I a 262 ff.; 101 I a 46 ff., 50 f. E. 5 und 56.

[144] *L. Wildhaber,* Die materiellen Rechte der Konvention, S. 518 ff.; zur Arbeit in Gefängnissen vgl. *F. G. Jacobs,* S. 40 f.; BGE 97 I 45 ff., 51 (mit Verweis auf die EMRK).

[145] *M. Schubarth,* Die Artikel 5 und 6 der Konvention, ZSR NF Bd. 94 (1975) I, S. 465.

[146] Ebd., S. 466; *S. Trechsel,* S. 178 und 180 ff.

[147] Ein Recht auf persönliche Sicherheit könnte den öffentlichrechtlichen Persönlichkeitsschutz nicht nur in Richtung auf sozialstaatliche Leistungsansprüche, sondern auch im Hinblick auf psychische Versicherung, als Freiheit von Angst ergänzen. Vgl. hinten Ziffer 265.5.

[148] *S. Trechsel,* S. 177.

[149] Schutz vor unrechtmäßiger Festnahme und Haft, *S. Trechsel,* S. 177.

[150] Deshalb hat die Schweiz bei der Ratifizierung hiezu einen Vorbehalt angebracht (BBl 1974 I 1068). Vgl. die Ergebnisse der Arbeit von *S. Trechsel,* S. 385 ff.

[151] *M. Schubarth,* S. 479.

Das Recht auf „fair hearing" des Art. 6 enthält im Hinweis auf die Billigkeit ebenfalls eine Öffnung für die Fortbildung des grundrechtlichen Verfahrensschutzes. Die Straßburger Behörden haben denn auch daraus das Prinzip der Waffengleichheit[152], die Pflicht zur Begründung von Zivil- und Strafurteilen[153] und das Recht auf Stellungnahme zum vorgelegten Beweismaterial im kontradiktorischen Verfahren[154] abgeleitet. Im übrigen beschränkt sich der Gehalt des „fair hearing" jedoch auf die ausdrücklich angeführten Garantien. Diese reichen immerhin so weit, daß die Schweiz einen Vorbehalt und zwei auslegende Erklärungen anbringen mußte[155].

Von den übrigen Rechten wäre vor allem noch der Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs (Art. 8) geeignet, einen Beitrag zur Menschenwürde zu leisten. Doch dürfte auch hier der gewährte Schutz kaum über das hinausführen, was die persönliche Freiheit (für die Privat- und Geheimsphäre), das Hausrecht und das Briefgeheimnis in der Schweiz bereits ermöglichen[156].

Nicht ratifiziert hat die Schweiz das erste Zusatzprotokoll, dessen Artikel 2 ein Recht auf Bildung gewährleistet. Dieses Recht enthält die Freiheit und Gleichheit des Zugangs zu den bestehenden Bildungsanstalten und den Anspruch darauf, daß die Ausbildung, die der Staat vermittelt, sinnvoll und nützlich sei, d. h. vor allem, daß sie in einer Nationalsprache gewährt wird und offizielle Anerkennung findet. Ein Anspruch auf neue Bildungsanstalten wird jedoch nicht verliehen[157].

Dieses Recht entspricht ungefähr dem gescheiterten Bildungsartikel, wie ihn der Bundesrat vorgeschlagen hatte[158]. Grundsätzlich wären die Ansprüche, die Art. 2 des Zusatzprotokolls in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot von Art. 14 EMRK gewährleistet, bereits durch die Rechtsgleichheit im Leistungsstaat abgedeckt, doch würde die Ratifikation des Zusatzprotokolls einen nützlichen Anstoß zur Fortbildung der Praxis zu Art. 4 BV vermitteln[159].

---

[152] *F. G. Jacobs,* S. 99 ff.

[153] Ebd., S. 102 f.

[154] Ebd., S. 103 f.

[155] BBl 1974 I 1068 f.

[156] Vgl. *L. Wildhaber,* Die materiellen Rechte der Konvention, S. 526 ff. Für die Rechte des Inhaftierten auf Besuch und auf Briefverkehr vgl. BGE 99 I a 262 ff., 275 f. und 101 I a 148 ff., 152 f. Für mögliche Ausdehnungen des Gehalts von Art. 8 vgl. *F. G. Jacobs,* S. 126 und 137 f.

[157] *L. Wildhaber,* Die materiellen Rechte der Konvention, S. 533 (zum belgischen Sprachenstreit), ebenso *F. G. Jacobs,* S. 170.

[158] Vgl. vorne Ziffer 252.

[159] *L. Wildhaber,* Die materiellen Rechte der Konvention, S. 533 erwartet namentlich für Mädchen und Gastarbeiterkinder eine Besserstellung im Schulwesen.

Das Diskriminierungsverbot von Art. 14 EMRK ist schließlich nicht mit Art. 4 BV vergleichbar. Es enthält keinen allgemeinen Rechtsgleichheitssatz, der für die gesamte Staatstätigkeit selbständig Geltung hätte. Es ist vielmehr bloß akzessorischer Natur und verbietet bloß Diskriminierungen in bezug auf Rechte, die in der Konvention enthalten sind[160]. Damit reicht es in seiner grundsätzlichen Bedeutung nicht weiter als der Kreis dieser Rechte.

Schon ein flüchtiger Überblick über die Konventionsrechte, wie er hier gegeben worden ist, gestattet eine Beurteilung der Funktion der Europäischen Menschenrechtskonvention für den Gehalt des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde in der Schweiz: Die Rechte der EMRK verlangen an zahlreichen Stellen eine Verstärkung des landesrechtlichen Grundrechtsschutzes. Bestehende verfassungsmäßige Rechte müssen in ihrem Gehalt genauer konkretisiert werden. Neue Grundrechte werden aber nicht geschaffen. Ebensowenig wird der Grundsatzgehalt der geltenden Rechte durch die geforderten konkreten Ausgestaltungen verändert. Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde erlangt durch diese Konkretisierungen zwar in jedem Einzelfall eine neue Ausformung zu einer Entscheidungsnorm, nicht aber eine Erweiterung seines Grundsatzgehaltes.

Dies gilt jedenfalls für die Praxis der Straßburger Behörden, die sich als internationale richterliche Organe in Fragen der innerstaatlichen Ordnung starke Zurückhaltung auferlegen müssen[161].

Größere Bedeutung kann die Konvention in der Praxis der schweizerischen Behörden erlangen. Vor allem die „Aktivierung leistungsstaatlicher Komponenten" der Rechte der EMRK, die das Diskriminierungsverbot von Art. 14 grundsätzlich ermöglicht[162], wird vorwiegend auf nationaler Ebene stattfinden können. Aber auch so eignet sich die Konvention nicht in gleicher Weise zur Anpassung ihrer Wirkungsweise an den Leistungsstaat. Insbesondere findet die „Entwicklung von Teilhaberechten daran Grenzen, daß das Diskriminierungsverbot von Art. 14 EMRK bloß akzessorisch wirkt und sich nicht zu derart weitreichen-

[160] Ebd., S. 538 f. *S. Trechsel,* S. 92 ff., 94 kennzeichnet die Bedeutung des Diskriminierungsverbots damit, daß es Eingriffe in Konventionsrechte untersagt, die sich zwar im Rahmen der zugelassenen Schranken halten, aber auf sachfremde Unterscheidungen beruhen. Es ist, als ob das Diskriminierungsverbot integrierender Bestandteil jedes Konventionsrechtes wäre.

[161] *D. Schindler,* S. 372. Freilich sind auch sie nicht auf die Ergebnisse einer historischen Interpretation verpflichtet. Die Auslegung der Konvention hat vielmehr ‚dynamisch' zu sein. Sie hat im Lichte der Entwicklung sozialer und politischer Einstellungen zu erfolgen. Dies fordert jedenfalls *F. G. Jacobs,* S. 18: Die vertragsschließenden Staaten wollten den einzelnen Menschen nicht nur gegen bekannte, sondern auch gegen künftige Gefahren schützen.

[162] *L. Wildhaber,* Die materiellen Rechte der Konvention, S. 540.

den Deutungen eignet, wie sie dem Rechtsgleichheitsgrundsatz entnommen worden sind"[163].

Freilich kann man auch bei der EMRK auf den programmatischen Gehalt der Grundrechte zurückgreifen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, daß die sehr konkrete Fassung vieler Rechte durch die Hohen Vertragsschließenden Teile auch die möglichen Richtungen abgrenzt, in denen der Programmgehalt der Normen zu suchen ist. So dürfte die vertragliche Zusicherung rechtsstaatlicher Mindeststandards kaum je in eine Grundordnung umgedeutet werden, die auch unter Privaten eine (Dritt-)Wirkung entfalten könnte oder den nationalen Gesetzgebern einen Auftrag zu leistungsstaatlicher Gesetzgebung erteilen würde[164].

Unter diesem Vorbehalt darf man feststellen, daß die Zielsetzungen der Grundrechte im innerstaatlichen und im staatsvertraglichen Bereich dieselben sind: „Hier wie dort geht es um die Sicherung und Entfaltung einer rechtsstaatlichen Grundordnung mit konstitutiven Schwerpunkten wie dem Schutz der Menschenwürde, der Meinungsfreiheit oder der Garantie eines ‚fair-trial'[165]."

26 Die Menschenwürde in der Rechtslehre

261 Allgemeine Problemstellung

Der Würdebegriff stellt die Rechtswissenschaft vor ein unlösbares Problem: entweder definiert sie Menschenwürde im Rahmen juristischer Terminologie — etwa als Rechtsnorm, die es den Behörden untersagt, den Bürger als bloßes Objekt zu behandeln —, oder sie macht Anleihen bei der theologischen, der philosophischen oder der soziologischen und psychologischen Begriffswelt — etwa durch Rückgriff auf die Gottebenbildlichkeit des Menschen, auf seine sittliche Autonomie oder auf das Gelingen der Selbstdarstellung in der zwischenmenschlichen Kommunikation. Im ersten Fall gewinnt die Rechtswissenschaft zwar eine konkretisierungsfähige Norm, vermag jedoch nur in bescheidenem Maße einzufangen, was in unserem Kulturkreis als Würde des Menschen empfunden wird. Im zweiten Fall scheitert sie am Pluralismus der Weltanschauungen und Menschenbilder, die unsere Gesellschaft prägen. Zudem erliegt sie leicht der Versuchung, im Bereiche der an-

---

[163] Ebd., S. 513.

[164] Eine solche Umdeutung wäre jedenfalls nur im Gefolge der Grundrechtsentwicklung in den Mitgliederstaaten denkbar und würde so eher bestätigende als reformierende Bedeutung haben. Vgl. die zurückhaltende Beurteilung eines Rechts des Gefangenen auf familiäre Beziehungen aufgrund rechtsvergleichender Studien der Kommission (*F. G. Jacobs*, S. 138).

[165] *J. P. Müller*, Anwendung der EMRK, S. 387.

deren Disziplinen voreilige Schlüsse zu ziehen, um sich eine Legitimation zu verschaffen, welche aber bei kritischer Prüfung zerbröckeln muß.

Gerade dort, wo es um oberste Grundsätze und Rechtsgüter geht, tut man daher gut daran, gegenüber der Versuchung zur Errichtung theoretischer Systeme oder Konzepte klarzustellen, daß es nicht Aufgabe der Rechtsordnung sein darf, den Menschen als Ganzes, d. h. total (und daher sogleich totalitär) zu erfassen. Die Rechtsordnung ist Ergebnis und Element der Politik und daher so praktisch und bruchstückhaft wie diese. So verständlich das Bestreben erscheint, die Grundrechte als Bollwerk menschlicher Freiheit vor den Gefahren totalitärer Machtpolitik zu schützen, sie absolut zu setzen und ontologisch oder naturrechtlich zu verankern, so muß doch davor gewarnt werden, die Freiheit an die Ketten einer (meinetwegen: liberalen) Ideologie zu binden. Für alle praktischen — und damit auch rechtlichen — Belange muß davon ausgegangen werden, daß der Mensch und die Menschlichkeit nicht gesichert sind, daß unser Leben ein Wagnis bleibt. Es kann daher nicht Aufgabe der Rechtsordnung sein, der Freiheit jenes Fortdauern in der Transzendenz zu verkünden, das die Religion dem einzelnen verheißt. Recht ist offizielle Ordnung einer politischen Gemeinschaft und teilt deren Schicksal. Es kann durch keinerlei wissenschaftliches Bemühen aus dieser seiner Geschichtlichkeit — und das heißt: Vergänglichkeit — herausgehoben werden. Im Wandel der politischen Gemeinschaft kann das Recht nur jene Grundsätze bewahren, die sich darin bewähren, d. h. innerhalb des Kulturkreises weiterhin Anerkennung finden.

Ein juristisch brauchbarer Würde-Begriff kann deshalb nicht theoretisch, mit Hilfe der Konzepte anderer Disziplinen konstruiert werden. Er muß selbständig aus jenen Persönlichkeitsgütern zusammengesetzt werden, die sich in der Rechts- und Gesellschaftsordnung der Gegenwart bewährt haben oder doch im Begriffe sind, anerkannt zu werden. Menschenwürde wird damit juristisch zu einem Sammelbegriff für die engeren Persönlichkeitsgüter; es lassen sich nur ihre Elemente angeben und die Richtung, in der sie weisen. Es ist unmöglich, „die wesentlichsten Persönlichkeitswerte in abstrakt-begriffliche Formeln einzufangen“[1]. Der Begriff der Menschenwürde muß als Generalklausel verstanden werden, die nur in ihren Konkretisierungen greifbar wird.

Unter diesen Bedingungen sind rechtstheoretische Untersuchungen zur Menschenwürde von beschränktem Wert. Sie sind nur insoweit von Nutzen, als sie Probleme und Konkretisierungsmöglichkeiten aufdecken.

[1] *J. P. Müller*, Die Grundrechte der Verfassung, S. 102.

Die folgende Übersicht über die rechtswissenschaftliche Literatur zur Menschenwürde legt daher das Schwergewicht auf die Darlegung der Probleme, zu deren Lösung in der Lehre der Grundsatz der Menschenwürde angerufen wird (Ziffer 265). Zuvor sind jedoch auch die allgemeinen Thesen und Konzepte anzuführen, die zur Menschenwürde vorgetragen werden. In der Schweiz liegt bisher kaum eine grundsätzliche Auseinandersetzung hierüber vor (Ziffer 262). In der Bundesrepublik Deutschland hat Artikel 1 Absatz 1 des Bonner Grundgesetzes jedoch nicht nur zahlreiche Konkretisierungen der Menschenwürde hervorgerufen (Ziffer 263), sondern auch Anlaß zu grundsätzlichen Konzepten geboten (Ziffer 264).

262 Zur schweizerischen Literatur

Der Begriff der Menschenwürde findet sich schon in der frühesten Literatur zum schweizerischen Bundesstaat. Nach *J. C. Bluntschli* gibt es gewisse wahre Menschenrechte, weil alle Menschen als Menschen sich gleich sind: „Die Menschennatur und die Menschenwürde ist der ganzen Gattung gemeinsam[2]." Andere Autoren weisen auf den Gehalt der Menschenwürde hin, ohne den Begriff zu nennen[3].

Auch der neueren Staatsrechtslehre der Schweiz ist der Grundsatz der Menschenwürde geläufig. Allerdings wird nur vereinzelt versucht, seinen Gehalt zu ergründen.

Die „Freiheit und Würde der menschlichen Person" wird als die zentralste aller Grundnormen unserer freiheitlichen Ordnung[4] oder als „zentraler Wert unserer Rechtsgemeinschaft"[5] bezeichnet; sie ist „das höchste Rechtsgut, ja recht eigentlich der Kern der ganzen Rechtsordnung"[6]. Obwohl eine einheitliche philosophische oder theologische

---

[2] Allgemeines Staatsrecht, 2. Aufl. Bd. 2, München 1857, S. 511. Zur Erläuterung dieser fundamentalen Gleichheit der Menschen greift *Bluntschli* zurück auf den unsterblichen göttlichen Geist in uns. Auch für *J. P. Müller* (Die Grundrechte der Verfassung, S. 72) liegt der Grund der rechtlichen Gleichheit der sonst wesentlich ungleichen Menschen in ihrer Personenwürde.

[3] *Simon Kaiser* (Schweizerisches Staatsrecht in drei Büchern Bd. 1 St. Gallen 1858, S. 104) sieht für die Entwicklung des Gemeinwesens eine Reihe von „Kämpfen" voraus, „deren Resultat kein anderes sein wird als: Anerkennung der Individualität, Anerkennung als Existenz, Anerkennung als gebildetes und Bildung erheischendes Wesen und Anerkennung als eine geltende Kraft im politischen Leben". *Jakob Dubs* faßt die Wirkungen der Rechtsgleichheit auf eine Weise zusammen, die auf den Schutz des Menschen vor Entwürdigung hinweist: „Es soll mit einem Wort keine Erniedrigung oder Bedrückung der Einen durch die Andern stattfinden" (Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft 1. Teil, 2. A. Zürich 1878, S. 155).

[4] *W. Kägi,* Rechtsfragen der Volksinitiative, S. 745 a.

[5] Ebd., S. 830 a.

[6] *W. Kägi,* Persönliche Freiheit, Demokratie und Föderalismus, S. 54.

Begründung dieser grundlegenden Idee fehlt, ist sie doch getragen von der „Überzeugung der großen Mehrheit des Schweizervolkes, daß der Mensch zur Freiheit bestimmt ist“[7].

Die Menschenwürde ist das Wesentliche am Menschen und steht als Grundlage der Grundrechte „jenseits der zeitgeschichtlichen Positivität von Verfassung und Gesetz“[8]; umgekehrt ist der Rechtsstaat „der auf die Idee der Menschenwürde bezogene Staat“, der durch seine Rechtsordnung ihre Achtung sichert[9].

Entsprechend dieser hohen Einschätzung der Menschenwürde wird diese als jener Wert gesetzt, auf den die Freiheitsrechte der Verfassung ausgerichtet sind[10]; es wird gefordert, daß die Persönlichkeitsrechte „direkt an der Würde des Menschen und an der freien Entfaltung der Persönlichkeit orientiert werden“, auch „wenn ein entsprechendes besonderes Grundrecht der Verfassung mangelt“[11]; schließlich wird verlangt, daß die verfassungsrechtliche Güterabwägung sich stets „auf das Zentralgrundrecht der Menschenwürde hin ausrichtet“[12]. Im materiellen Rechtsstaat steht die Idee der Freiheit und der Würde der menschlichen Person als Fundament der Rechts- und Staatsordnung „über dem Gegensatz von öffentlichen und privaten Interessen“[13]; überhaupt sind Menschenwürde und freie Entfaltung der Persönlichkeit unteilbar und betreffen nicht nur die Beziehung des Bürgers zum Staat, sondern auch das horizontale Verhältnis zum Nächsten[14].

---

[7] Ebd.; Ziel der Rechtsgemeinschaft ist die „freie Gemeinschaft freier Menschen“ (S. 73); vgl. vorne Ziffer 132.53 und 142, hinten den dritten Teil der Arbeit. *J. P. Müller* (Die Grundrechte der Verfassung, S. 139) sieht in jedem Grundrecht eine gemeinsame humane Wertordnung ausgedrückt, „in deren Mitte die unteilbare menschliche Persönlichkeit mit ihrer Würde, Freiheit und Verantwortung steht“. Um diese Mitte sind die Grundrechte angelegt: „Sie umgrenzen existentielle Voraussetzungen des Menschseins, in denen Personwürde sich erst verwirklichen kann“ (S. 108). Nach *Antoine Favre* (Droit Constitutionnel Suisse 2. A. Fribourg 1970, S. 272 f.) gewährleistet die Gesamtheit der verfassungsmäßigen Rechte dem Menschen die Autonomie gegenüber der öffentlichen Gewalt, und zwar im vollen Umfang, den die Achtung vor der Menschenwürde verlangt.

[8] *H. Huber,* Das Menschenbild des Rechts, S. 86 (mit Verweis auf U. Scheuner).

[9] *R. Bäumlin,* Die rechtsstaatliche Demokratie, S. 87. Nach *Z. Giacometti* verbürgen die Freiheitsrechte überhaupt, daß der Staat um des Menschen willen da ist und nicht umgekehrt (Freiheitsrechtskataloge, S. 150 f.).

[10] *H. Nef,* Die Wertordnung der Schweizerischen Bundesverfassung, S. 194.

[11] *H. Huber,* Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen, in: Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, S. 139 ff., 165.

[12] *L. Wildhaber,* Soziale Grundrechte, S. 381.

[13] *H. Huber,* Das Post-, Telegraphen- und Telephongeheimnis und seine Beschränkung für Zwecke der Strafrechtspflege, SJZ 51, 1955, S. 165.

[14] *H. Huber,* Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen, S. 157.

Im allgemeinen ist der Grundsatz der Menschenwürde in der schweizerischen Lehre noch kaum problematisiert worden. Es gilt beinahe als selbstverständlich, daß die persönliche Freiheit auch Schutz vor Maßnahmen gewährt, die die Menschenwürde verletzen[15].

Die einzelnen Forderungen, die aus der Menschenwürde abgeleitet werden, sind auch in der schweizerischen Literatur recht zahlreich[16]. Allgemeine Versuche der Bestimmung des Gehaltes der Menschenwürde liegen jedoch nur wenige vor. *P. Saladin* bezeichnet als Verletzung der Menschenwürde solche Eingriffe in Grundrechte, die „den Menschen als Mit-Menschen essentiell verkennen oder mißachten"[17]. Nach *W. Kägi* gebietet das Recht der menschlichen Person, „die Menschenwürde als höchstes Rechtsgut zu achten und zu schützen. Es verbietet, die menschliche Person irgendwie zum bloßen Mittel zu degradieren"[18].

Für das schweizerische Staats- und Rechtsverständnis kennzeichnend ist der Umstand, daß Menschenwürde und Demokratie unmittelbar aufeinander bezogen werden. Einerseits bilden die Freiheitsrechte nicht nur den Schutz der Würde und des Eigenwertes des einzelnen, sondern zugleich „die ideelle und funktionelle Grundlage der politischen Freiheit"[19]; anderseits erscheint die Demokratie „als die Vollendung der individuellen Freiheit. Auch für das demokratische Prinzip ist wie für das liberale die Würde und Freiheit des Menschen die leitende Idee"[20].

Die Menschenwürde gilt deshalb keineswegs nur im privaten Lebensbereich des einzelnen Individuums, sie findet ihre Anerkennung vielmehr gerade in der Berufung des Bürgers zur Mitentscheidung und Mitverantwortung am Gemeinwesen[21]; denn der reife Mensch findet „erst seine Vollendung, wenn er auch als vollberechtigtes Glied der politischen Gemeinschaft an ihren Entscheidungen teilnehmen kann"[22].

Dieser Bezug zur Demokratie entspricht der schweizerischen Rechtstradition, die die verfassungsmäßigen Rechte des Bürgers nicht auf

---

[15] *J.-F. Aubert,* Traité de Droit Constitutionnel Suisse, N. 2210.

[16] Vgl. hinten Ziffer 265.

[17] Grundrechte im Wandel, S. 418. Vgl. *J. P. Müller,* Die Grundrechte der Verfassung, S. 165 f.

[18] Die Menschenrechte, S. 7. Vgl. *P. Saladin,* der aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 4 BV den Grundsatz der Fairneß ableitet, der als „Waffe im Kampf um die Wahrung menschlicher Würde" sicherstellt, „daß der Bürger nicht Objekt staatlichen Handelns wird, sondern stets Subjekt bleibt" (Das Verfassungsprinzip der Fairneß, S. 86 f.).

[19] *Z. Giacometti,* Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 31.

[20] Ebd., S. 244.

[21] *W. Kägi,* Persönliche Freiheit, Demokratie und Föderalismus, S. 57.

[22] *H. Huber,* Der Schutz der Staatsbürgerrechte des Arbeitnehmers, ZSR NF 82 (1963) I, S. 140.

eine transzendentale Würde des Menschen, sondern auf die demokratische Staatsordnung ausrichtet und den Schutz des einzelnen vor Übergriffen des Staates vor allem als Schutz der Minderheiten vor der demokratischen Mehrheit versteht[23]. Danach bedeutet Freiheit primär Freiheit des Bürgers im Staat und weniger Freiheit des absoluten Individuums vor dem Staat[24]. Das schweizerische Grundrechtsdenken ist „viel mehr am Leitbild einer bestimmten Form politischen und wirtschaftlichen Zusammenlebens als an dem der unbändigen Entfaltung menschlicher Individualität oder an dem eines möglichst intensiven Schutzes menschlicher Personalität orientiert"[25].

In dieser Haltung liegt zugleich eine Stärke und eine Schwäche schweizerischen Grundrechtsdenkens: Seine Schwäche liegt in einer gewissen Enge oder Gebundenheit, im geringen Verständnis für die Toleranz dem ganz anderen, dem Außergewöhnlichen, dem Prinzipiellen gegenüber; seine Stärke liegt im Pragmatischen, in der sicheren Urteilskraft der praktischen Vernunft, die stets eine für alle tragbare und sinnvolle Lösung aufzuweisen vermag. Für die ideellen Grundrechte und die Menschenwürde hat diese Einstellung zwar den Nachteil, daß sie sich nur langsam gegenüber den wirtschaftlichen Freiheitsrechten durchzusetzen vermögen; sie bringt für sie aber auch den Vorteil, daß sie nicht in den abstrakten Himmel reiner Geistigkeit abgeschoben werden, sondern daß die materiellen Voraussetzungen ihrer praktischen Ausübung stets mitgarantiert werden[26].

Für die Menschenwürde bedeutet dies, daß sie den Menschen nicht nur in seiner geistigen, sondern ebenso in seiner sozialen und ökonomischen Existenz erfaßt: Verwirklichung von Menschenwürde bedeutet „notwendigerweise auch soziale Gerechtigkeit und einen gewissen Grad von sozialer Sicherheit"[27]. Die Menschenwürde ist damit neben der Gerechtigkeit Richtpunkt der Sozialordnung im materiellen Rechtsstaat[28]. Darüber hinaus muß man sich zumindest fragen, ob aus ihr nicht sogar einzelne soziale Rechtsansprüche abzuleiten sind[29]. Nach der auch in der Schweiz vertretenen personalistischen Rechtsauffassung fließen die klassischen und die sozialen Menschenrechte ohnehin zu einer Einheit zusammen, wobei die Würde der menschlichen Person

---

[23] *P. Saladin,* Grundrechte im Wandel, S. 283.

[24] Ebd., S. 284.

[25] Ebd., S. 329.

[26] Man könnte sagen, in der Schweiz sei der Freiheitsraum weniger hoch aber breiter als anderswo.

[27] *W. Kägi,* Die Menschenrechte, S. 12.

[28] *L. Wildhaber,* Soziale Grundrechte, S. 373.

[29] So *P. Saladin,* Grundrechte im Wandel, S. 99; bejahend *L. Wildhaber,* Soziale Grundrechte, S. 385, 391.

zum tragenden Moment der letzteren Art von Verfassungsnormen wird[30].

Einigkeit herrscht jedenfalls darüber, daß die Menschenwürde neben dem Achtungsgebot auch einen Schutzauftrag des Gemeinwesens enthält[31]. Der Bezug zum grundsätzlichen Gehalt der Menschenwürde macht daher alle liberalen Grundrechte in einem weiteren Sinn zu sozialen Grundrechten[32].

Daß in der schweizerischen Rechtslehre verhältnismäßig wenige und meist unbestimmte Ausführungen zur Menschenwürde zu finden sind, rührt zum Teil wohl daher, daß diese der Bundesverfassung fremd ist. Im Rahmen der vorgesehenen Totalrevision soll nun aber eine entsprechende Bestimmung aufgenommen werden. Eine erste Fassung aus dem Jahre 1974 lautete: „Eidgenossenschaft und Schweizervolk achten und schützen die Menschenwürde." Damit wurde sowohl der Schutzauftrag des Staates für die Menschenwürde wie deren Geltung im Horizontalverhältnis zum Ausdruck gebracht[33].

Der Verfassungsentwurf der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung von 1977[34] hat diese Ausdrucksweise jedoch wieder verlassen. An der Spitze des Grundrechtskataloges lautet nun Artikel 8 einfach: „Die Würde des Menschen ist unantastbar." Die Wirkung im Horizontalverhältnis wird dafür in Artikel 25 des Entwurfes für alle Grundrechte festgehalten: „Gesetzgebung und Rechtsprechung sorgen dafür, daß die Grundrechte sinngemäß auch unter Privaten wirksam werden. Wer Grundrechte ausübt, hat die Grundrechte anderer zu achten. Vor allem darf niemand Grundrechte durch Mißbrauch seiner Machtstellung beeinträchtigen[35]."

Die Expertenkommission sieht im Schutz der Menschenwürde „ein letztes Auffangrecht, wenn ausnahmsweise der Schutz durch alle anderen Grundrechte nicht bereits durchgreifen sollte. In diesem Sinne erscheint er als das primärste und gleichzeitig subsidiärste unter allen Grundrechten"[36].

---

[30] *U. P. Ramser,* Das Bild des Menschen im neuern Staatsrecht, S. 123, 173 f.

[31] *J. P. Müller,* Soziale Grundrechte, S. 819.

[32] Vgl. ebd., S. 826 f. Dazu und insbesondere zur Frage der Justiziabilität der sozialen Grundrechtsgehalte vgl. hinten Ziffer 265.

[33] Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Arbeitspapiere I, 1974, S. 6 und 111. Neu an dieser Formulierung ist — wenn man sie in vollem Umfang ernst nimmt — vor allem, daß sich der Schutzauftrag nicht nur an den Staat, sondern an jeden Mitbürger richtet. Damit tritt erstmals der Solidaritätsgedanke neben die Privatautonomie.

[34] Zu beziehen bei der Eidg. Drucksachen- und Materialzentrale, Bern.

[35] Damit entspricht der Entwurf weitgehend der Auffassung, die hier unter Ziffer 233.4 vertreten worden ist.

Gehalt und Wirkungsweise der geplanten Verfassungsbestimmung sind damit noch nicht geklärt. Einerseits soll die Menschenwürde als unmittelbar anwendbares Grundrecht gelten, anderseits wird ihr darüber hinaus auch jene Bedeutung als Leitsatz zukommen, die ihr *H. Huber* 1973 im Rahmen der Vorarbeiten der Totalrevision (allein) zuerkannt hat[37]:

„Das Personsein des Menschen bedeutet auch, daß er von unverfügbarem Eigenwert und zu freier Entfaltung seiner Anlagen und Kräfte bestimmt ist. Insbesondere darf der Mensch niemals als bloßes Objekt oder als bloßes Mittel behandelt werden. Die Menschenwürde gründet sich darauf, daß sich der Mensch kraft seines Geistes und seiner Fähigkeiten, sich selber zu bestimmen, Wertentscheidungen zu treffen und die Umwelt zu gestalten, von der gesamten übrigen Natur abhebt."

„Dieser unbedingte Schutz der Menschenwürde ist selber nicht ein Grundrecht, sondern er ist mehr: Ein alle Verfassungsnormen tragender Grundsatz ...[38]. Er bildet einen Leitsatz für die Auslegung der Grundrechte in mannigfaltigen Lebenslagen, wo immer die Menschenwürde durch verletzende und erniedrigende Maßnahmen und Verhaltensweisen bedroht ist. Er vermag aber auch in andere Zweige der Rechtsordnung auszustrahlen."

263 Zu Artikel 1 Absatz 1 des Bonner Grundgesetzes

Im Gegensatz zur schweizerischen Bundesverfassung gewährleistet das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland im ersten Artikel ausdrücklich den Schutz der Menschenwürde:

„Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt."

Der Einfluß, den Praxis und Lehre zu dieser Bestimmung in der Schweiz gehabt haben und voraussichtlich noch haben werden, rechtfertigt es, an dieser Stelle einen knappen Überblick über den wesentlichen Gehalt zu schaffen, der der Menschenwürde in der Bundesrepublik verliehen wird.

Würde kommt dem Menschen zu kraft seines Geistes, der ihn über die Natur erhebt[39] und ihm die Fähigkeit zur Freiheit sittlicher Ent-

[36] Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Eidg. Drucksachen- und Materialzentrale, Bern 1977, S. 34.

[37] Schlußbericht der Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung Bd. IV, Eidg. Drucksachen- und Materialzentrale, Bern 1973, S. 72 f.

[38] Dies wurde in den Arbeitspapieren der Expertenkommission dadurch zum Ausdruck gebracht, daß die Menschenwürde nicht nur an die Spitze der Grundrechte gestellt, sondern sogar davor, in einem Abschnitt über „Hauptgrundsätze" untergebracht wurde (ebd.). Die Aufnahme solcher Grundsätze in die Verfassung (zu denen auch das Prinzip der Gesetzmäßigkeit, der Verhältnismäßigkeit, der Grundsatz von Treu und Glauben sowie die Drittwirkung gehört) wäre geeignet, das hier vertretene Grundrechtsverständnis zu fördern.

scheidung verleiht[40]. Die Menschenwürde ist daher die Wertgrundlage aller Grundrechte[41]. Sie sichert dem Menschen eine Sphäre selbständiger Entscheidung und selbstverantwortlicher Handlung, in der er weder dem Machtanspruch eines anderen Menschen unterworfen[42] noch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel oder einer vertretbaren Größe herabgewürdigt werden darf[43].

Die Menschenwürde ist von aller staatlichen Gewalt zu achten, setzt dieser somit in allen Aufgabenbereichen eine unüberschreitbare Grenze[44], indem sie sich jeglicher staatlicher Verfügungsgewalt entzieht[45]. Neben diesen Unterlassungsanspruch tritt jedoch noch ein Schutzrecht, das die Staatsgewalt verpflichtet, abwehrend tätig zu werden, falls die Menschenwürde von anderer (d. h. privater)[46] Seite angegriffen wird[47]. Dem einzelnen steht grundsätzlich die Untätigkeitsklage gegen die Verwaltung zu, die seine Menschenwürde nicht genügend schützt[48]; insbesondere macht die Schutzpflicht des Staates die Menschenwürde zum polizeilichen Schutzgut[49]. Der Gesetzgeber soll zwar nicht verpflichtet sein, eigens Gesetze zum Schutz der Menschenwürde zu erlassen[50], doch verletzt er sie, wenn er in einem Gesetz ihren Schutz nur unzulänglich gewährt[51].

Die Menschenwürde steht jedem Menschen zu[52]; alle Menschen sind sich insoweit gleich[53]. Alle verhältnismäßige Unterscheidung endet in

---

[39] *G. Dürig,* in: Maunz / Dürig / Herzog: Grundgesetz, Kommentar Bd. I N. 18 zu Art. 1 Abs. 1 (1958); *derselbe,* Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, S. 125.

[40] *H. C. Nipperdey,* Die Würde des Menschen, S. 2.

[41] BVerfGE 21, 362 ff., 369.

[42] *H. C. Nipperdey,* Die Würde des Menschen, S. 10.

[43] *G. Dürig,* Kommentar N. 28 und Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, S. 127; BVerfGE 27, 1 ff., 6.

[44] *F. Klein,* in: Mangoldt / Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. Bd. I, S. 147, Erl. III 1 b.

[45] Ebd., S. 152, Erl. III 5.

[46] *G. Dürig,* Kommentar N. 16.

[47] *F. Klein,* ebd., S. 152, Erl. III 5.

[48] *H. C. Nipperdey,* Die Würde des Menschen, S. 33.

[49] Ebd., S. 34.

[50] Ebd., S. 29.

[51] Ebd., S. 28. Nach *W. Wertenbruch* (Grundgesetz und Menschenwürde, Köln / Berlin 1958, S. 180) begründet die Menschenwürde nach Art. 1 GG die Pflicht des Staates

„a) zu einer situationsgerechten und ‚sozialadäquaten' Gesetzgebung;

b) zur Befolgung und Sicherung dieser Gesetze durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung;

c) zu steten Bemühungen von Regierung und Verwaltung um die sozialgerechte Anpassung der Lebensbedingungen aller einzelnen an die jeweilige Situation."

[52] *G. Dürig,* Kommentar N. 18 und Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, S. 125; ebenso *F. Klein* (Das Bonner Grundgesetz, S. 148, Erl. III 3 c),

unbedingter Egalität, wo eine innere Beziehung des Rechtsverhältnisses zur Menschenwürde besteht: Die Menschenwürde ist der Wertmaßstab, der erkennbar macht, was rechtlich als wesentlich gleich anzuerkennen und daher absolut gleich zu behandeln ist[54].

Nach herrschender Lehre kommt der Menschenwürde keine Grundrechtsqualität zu[55]. Alle Verletzungen der Menschenwürde werden bereits durch ein spezielles Grundrecht aufgefangen[56]. Dazu ist jedoch erforderlich, daß man die Menschenwürde als Wertmaßstab in die Auslegung der einzelnen Grundrechte miteinbezieht[57].

---

der jedoch die Würde des Menschen an die Fähigkeit zum geistig-seelischen Werterlebnis knüpft und sie daher dem „Monstrum" aberkennt (nicht aber dem Geisteskranken, S. 150).

[53] *G. Dürig,* ebd.; BVerf. GE 5, 85 ff., 205.

[54] *G. Dürig,* Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, S. 143. Vgl. dazu hinten Ziffer 265.7.

[55] *G. Dürig,* Kommentar N. 4; *F. Klein,* Das Bonner Grundgesetz, S. 147, Erl. III 2. Anderer Meinung vor allem *H. C. Nipperdey* (Die Würde des Menschen, S. 13 und 15). Nach Nipperdey gewährleistet die Menschenwürde den Schutz des Menschen in seiner Wesenheit, während die allgemeine Handlungsfreiheit von Art. 2 Abs. 1 GG den Schutz seiner Dynamik übernimmt (vgl. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit, S. 742).

[56] *G. Dürig,* Kommentar N. 13 und Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, S. 122. Nach *K. A. Bettermann* (Grenzen der Grundrechte, Schriftenreihe der Jur. Ges. e. V. Berlin, H. 33, Berlin 1968, S. 5 f.) gewährt Art. 1 Abs. 1 GG „kein Grundrecht, sondern bezeichnet eine allgemeine ‚Schrankenschranke'; er setzt eine Grenze für alle staatlichen Grundrechtseingriffe". Damit nähert sich die Wirkung der Menschenwürde jener der Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG (vgl. vorne Ziffer 233.7). Die Menschenwürde wird zum Kerngehalt aller Grundrechte. Um die Starrheit räumlich-körperlichen Grundrechtsdenkens zu vermeiden, wäre jedoch besser vom Grundsatzgehalt der Menschenwürde zu sprechen, der in allen Grundrechten zur Geltung kommt.

[57] *G. Dürig,* ebd. Nach *K. Hesse,* Grundzüge, S. 143 dient Art. 1 GG vor allem der Grundlegung der Ordnung des Grundgesetzes, tritt jedoch in der praktischen Rechtsanwendung hinter die spezielleren Grundrechte zurück.

Die Frage der Grundrechtsqualität der Bestimmung über die Menschenwürde wird in der Bundesrepublik durch die Diskussion um das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) erschwert. Nach herrschender Auffassung gewährt dieses die „allgemeine Handlungsfreiheit"; es ist eine generelle Norm, welche die Freiheit umfassend gewährleistet und als Auffangrecht zu den einzelnen Freiheitsrechten im Verhältnis der lex generalis zur lex specialis steht (*H. C. Nipperdey,* Freie Entfaltung der Persönlichkeit, S. 758 ff., 762). Gegenüber dieser Freiheit, alles zu tun, was einem beliebt, solange das Gesetz es nicht verbietet, beruft sich *H. Peters* auf das Persönlichkeitsbild des Grundgesetzes, wonach Art. 2. Abs. 1 GG vielmehr „das Recht jedes Menschen, seine ‚Persönlichkeit', die ihm eigene Wesensart, *sein* Menschentum zu entfalten", gewährleisten müsse (Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Köln und Opladen 1963, S. 48 f.). Ähnlich versteht *K. Hesse* dieses Freiheitsrecht als „Gewährleistung der engeren persönlichen, freilich nicht auf rein geistige und sittliche Entfaltung beschränkten Lebenssphäre" (Grundzüge, S. 160 ff., 162).

Es liegt auf der Hand, daß die Beschränkung der strittigen Entfaltungsfreiheit auf den engeren Persönlichkeitsbereich diese in ähnlicher Weise wie

Die Bestimmung über die Menschenwürde enthält somit einen Verfassungsgrundsatz[58], der als Grundsatznorm für die gesamte Rechtsordnung Geltung hat[59]. Für das Verhältnis von Staat und Bürger liefert dieser Grundsatz den wertausfüllenden Maßstab für alles staatliche Handeln[60] und bestimmt maßgebend die Auslegung aller Grundrechte[61]; ebenso gilt er im Verhältnis der Privaten untereinander[62], soweit er die Achtung der Würde des andern betrifft[63]. Das Privatrecht darf nicht im Widerspruch zur Menschenwürde stehen noch so ausgelegt werden[64]. Auch im Verhältnis der Bürger untereinander hat das Gemeinwesen für Gerechtigkeit und Menschlichkeit zu sorgen und insbesondere die Ausnutzung des einen durch den andern zu verhindern[65].

Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde ist in Praxis und Lehre zu einer Vielzahl von einzelnen Normen konkretisiert worden:

Der Grundsatz untersagt vorerst einmal alle elementaren Angriffe auf die Existenz des freien Menschen wie Folter, Sklaverei und grausame Strafe[66] oder Maßenaustreibung und Genocid[67].

Sodann ist die Menschenwürde verletzt, wenn der Mensch zum Objekt eines staatlichen Verfahrens gemacht wird[68]. Deshalb wird einmal dem persönlich Betroffenen das Beschwerderecht zugesichert[69], ebenso der Anspruch auf rechtliches Gehör, also das Recht, vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort zu kommen, um Einfluß auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können[70]; sodann

---

das Grundrecht der persönlichen Freiheit in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zur geeigneten „Waffe" des Grundsatzes der Menschenwürde macht. Diesem kann dann viel eher die „Grundrechtsqualität" (besser: der Charakter eines Individualrechtssatzes) abgesprochen werden. Im andern Falle aber fehlt der Menschenwürde jener greifbare Ansatzpunkt, der ihre Konkretisierung fördern könnte.

[58] *F. Klein,* Das Bonner Grundgesetz, S. 146, Erl. III 1 a.

[59] Ebd., S. 146, Erl. III 1 b.

[60] *G. Dürig,* Kommentar N. 15.

[61] *F. Klein,* Das Bonner Grundgesetz, S. 155, Erl. III 9.

[62] Ebd., S. 151, Erl. III 4; *H. C. Nipperdey,* Die Würde des Menschen, S. 20.

[63] *H. C. Nipperdey,* Die Würde des Menschen, S. 35. Der Schutz der Menschenwürde ist nicht Pflicht anderer Bürger. Vgl. jedoch *G. Dürig,* Kommentar N. 48.

[64] BVerfGE 7, 198 ff., 205.

[65] BVerfGE 5, 85 ff., 206.

[66] *G. Dürig,* Kommentar N. 30 f.

[67] *G. Dürig,* Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, S. 127.

[68] *G. Dürig,* Kommentar N. 34; BGHZ 48, 327 ff., 333.

[69] BVerfGE 19, 93 ff., 99.

[70] *G. Dürig,* Kommentar N. 36; BVerfGE 9, 89 ff., 95 (vom Schweizerischen Bundesgericht übernommen in Zbl 65, 1964, S. 216); BGHZ 35 1 ff., 9; vgl. die Einschränkung bei der Kontrolle amtlicher Telefonüberwachung in BVerfGE 30, 1 ff., 25 f. (abweichende Meinung 33 ff., 40).

werden alle Mittel der Geständnisermittlung verpönt, die wie Narkoanalyse, Lügendetektor und Wahrheitssera, dem Menschen Aussagen ohne dessen Willen oder Wissen entlocken und ihn als „Registriermaschine" verwenden[71].

Absolut geschützt ist die Intimsphäre[72] als Kernbereich privater Lebensgestaltung[73]; unter Vorbehalt überwiegender anderer Interessen steht auch die übrige Privatsphäre unter dem Schutz der Menschenwürde[74]. Diese kann auch gegen demütigende Ehrverletzungen angerufen werden, wenn diese in der Art und Weise der staatlichen Tätigkeit begründet liegt[75].

Auf der Menschenwürde gründet ferner die Forderung, daß bei der Auslegung von Verfassung und Gesetz die Persönlichkeitsgüter den Vorrang vor den Sachgütern erhalten sollen[76].

Schließlich wird die Würde des Menschen auch verletzt, wenn er gezwungen wird, ökonomisch unter Bedingungen zu existieren, die ihn zum Objekt erniedrigen; denn der Mensch bedarf eines Minimums an äußeren materiellen Lebensbedingungen, um jene geistigen Fähigkeiten zu entwickeln, die seine Würde ausmachen[77]. Aus dem Grundsatz der Menschenwürde wird daher in Verbindung mit dem Prinzip des sozialen Rechtsstaates (Art. 20, 28 und 79 Abs. 3 GG) — sowie z. T. mit dem Recht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 GG) — ein Recht auf Fürsorge abgeleitet. Danach hat der unverschuldet Hilfsbedürftige ein einklagbares subjektives öffentliches Recht auf ein Mindestmaß an substantiellen Gütern, soweit er sie sich nicht selber beschaffen kann[78]. Neben dem

---

[71] *H. C. Nipperdey,* Die Würde des Menschen, S. 30; *G. Dürig,* Kommentar N. 35. — *F. Klein* (Das Bonner Grundgesetz, S. 152 f., Erl. III 5 a) verlangt eine Ausnahme gegenüber „besonders ‚ausgekochten' vorbestraften Beschuldigten zur Wahrung der Würde etwa einer vergewaltigten Frau".

[72] *G. Dürig,* Kommentar N. 37.

[73] Nach BVerfGE 34, 238 ff., 245 können selbst überwiegende Interessen der Allgemeinheit „einen Eingriff in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht rechtfertigen; eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes findet nicht statt". *G. Dürig* zählt zu den Verletzungen der Menschenwürde auch die künstliche Insemination (Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, S. 129).

[74] BVerfGE 34, 238 ff., 248 f.; 34, 269 ff., 281. Nach *H. C. Nipperdey* (Freie Entfaltung der Persönlichkeit, S. 849) gehört zur Wahrung der Würde ein lebensnotwendiger Eigenraum. „Jeder muß selbst darüber entscheiden können, ob und inwieweit sein Privatleben anderen oder der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird."

[75] *G. Dürig,* Kommentar N. 41.

[76] *H. C. Nipperdey,* Die Würde des Menschen, S. 23; *G. Dürig,* Kommentar N. 33.

[77] *G. Dürig,* Kommentar N. 43 und Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, S. 131.

[78] *H. C. Nipperdey,* Die Würde des Menschen, S. 5 f.; *F. Klein,* Das Bonner Grundgesetz, S. 151, Erl. III 3 d; *G. Dürig,* Kommentar N. 43 und Der

Anspruch auf ein menschenwürdiges Existenzminimum, der demjenigen zusteht, der von seiner ökonomischen Freiheit keinen Gebrauch mehr machen kann, muß aus der materiellen Seite der Menschenwürde in Verbindung mit der Rechtsgleichheit auch die Chancengleichheit bei der Ausbildung und der Berufswahl, d. h. am Ausgangspunkt der ökonomischen Freiheit, abgeleitet werden[79].

Für das bürgerliche Recht der Bundesrepublik von besonderer Bedeutung ist die Geltung der Menschenwürde im Verhältnis der Bürger untereinander, weil hier ein allgemeines Persönlichkeitsrecht im Sinne von ZGB Art. 27 und 28 fehlt. Da die Menschenwürde als Grundsatznorm in der gesamten Rechtsordnung Geltung hat, schützt sie die Persönlichkeit des einzelnen nicht nur gegenüber dem Staat, sondern auch in privatrechtlichen Beziehungen[80]. Jedenfalls entspricht es dem Verfassungsgrundsatz, wenn die Rechtsprechung ein allgemeines Persönlichkeitsrecht anerkennt[81].

264 Versuche theoretischer Bewältigung des Würde-Konzeptes

Auf dem Hintergrund der geschilderten positiv-rechtlichen Regelung sind verschiedene Versuche unternommen worden, die Idee der Menschenwürde grundsätzlich zu erfassen und für das Recht fruchtbar zu machen. Im folgenden sollen bloß zwei gegensätzliche Wege beschrieben werden, wie sie von *Werner Maihofer* einerseits und *Niklas Luhmann* und *Bernhard Giese* anderseits beschritten worden sind[82].

264.1 Werner Maihofer: Personalität und Solidarität

Maihofer sieht im Gebot, die Menschenwürde zu achten und zu schützen, die rechtliche Antwort auf ein Tatsächliches, Vorgegebenes: die endlose Reihe von Zerstörungen des Selbstvertrauens und Weltvertrauens unzähliger Menschen im Laufe der Geschichte bis zur Gegenwart[83]. Diese Verletzungen der Würde des Menschen treten in zwei For-

---

Grundrechtsatz von der Menschenwürde, S. 132. Vgl. BVerwGE 27, 58 ff., 63. Wie *K. Hesse* (Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR 77, 1951/52, Tübingen, S. 167 ff., S. 203 f.) hervorhebt, ist die Gewährleistung eines Existenzminimums für jeden Staatsbürger auch Ausdruck der Anerkennung einer „persönlichen Gleichheit" aller.

[79] *G. Dürig,* Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, S. 145; vgl. BVerwGE 27, 58 ff., 63.

[80] *H. C. Nipperdey,* Die Würde des Menschen, S. 40 ff., *F. Klein,* Das Bonner Grundgesetz, S. 154, Erl. III, 7; BGHZ 13, 334 ff., 338.

[81] BVerfGE 34, 269 ff., 281; *G. Dürig,* Kommentar N. 38.

[82] Der Beitrag von R. Behrendt zur Menschenwürde als Problem der sozialen Wirklichkeit soll erst im nächsten Abschnitt beigezogen werden, weil das Schwergewicht der Anregungen Behrendts auf den Möglichkeiten der Verwirklichung von Menschenwürde liegt.

men auf: als Vernichtung der „Personalität" des Menschen und als Zerstörung der „Solidarität" zwischen Menschen. Im ersten Falle wird das Selbstvertrauen des Menschen vernichtet, d. h. sein Wissen darum, daß er sich als Person auch dem Inhalt nach grundsätzlich autonom, aus sich selbst heraus bestimmt, über sich selbst allein verfügt[84]. Im andern Falle zerfällt das Weltvertrauen, das Vertrauen in die Mitmenschen, darauf, daß sie dort, wo ich mir selbst nicht mehr helfen kann, meine Existenz als Person verteidigen werden[85]. Denn nur in der wechselseitigen Achtung der Personalität gründet die Erfahrung der eigenen Würde, und nur in der gegenseitigen Solidarität kann sie bestehen.

Auf dieser Erfahrung beruht die Vorstellung einer Norm, die die erlebte Personalität und Solidarität achten und schützen soll und die einem Rechtsgut dient, das nach dem dahinterliegenden Menschenbild so grundlegend ist, daß seine Verletzung das Menschsein des Betroffenen überhaupt in Frage stellt: die Menschenwürde[86].

Dieses Gut wird nun vom modernen Menschen nicht als vorgegebener Naturzustand verstanden, sondern als ein Gegenstand des Sollens, eine Aufgabe für den einzelnen wie für die Gemeinschaft[87]. Menschenwürde wird so zur Aufgabe eines jeden, aber auch der Gemeinschaft als ganzes. Sie wird zum Ziel menschlicher und mitmenschlicher Entfaltung.

Das Verständnis der Menschenwürde als Aufgabe bedeutet nun, daß diese auch für den Staat in den Mittelpunkt seiner Bestrebungen rückt[88]. Er wird zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde verpflichtet. Maihofer beschreibt diese Pflicht in Anlehnung an Praxis und Lehre. Aus dem Gebot der Achtung der Menschenwürde schließt er jedoch nicht nur auf einen Unterlassungsanspruch des Bürgers gegenüber allen Eingriffen des Staates in das Selbstvertrauen und das Weltvertrauen des einzelnen[89], sondern er sieht darin auch noch eine Handlungsforderung gegenüber Unterlassungen des Staates, welche die Menschenwürde mißachten, weil sie es versäumen, die Bedingungen zu schaffen, unter denen es dem einzelnen erst möglich wird, seine Persönlichkeit in Solidarität mit andern zu verwirklichen[90]. Die Pflicht des Staates zum Schutz der Menschenwürde gewährt dem Bürger einen

---

[83] *Werner Maihofer,* Rechtsstaat und menschliche Würde, Frankfurt a. M. 1968, S. 10 ff.

[84] Ebd., S. 17 f.

[85] Ebd., S. 19 f.

[86] Ebd., S. 25 ff., 27.

[87] Ebd., S. 28 ff.

[88] Ebd., S. 31.

[89] Ebd., S. 32 f.

[90] Ebd., S. 34 f.

Anspruch auf Abwehr von Angriffen Dritter und enthält einen Auftrag an den Sozialstaat zur Abschaffung gesellschaftlicher Verhältnisse, die geeignet sind, die Würde des Menschen zu beeinträchtigen[91].

Nach Maihofer muß die Garantie der Menschenwürde als das Fundament des freiheitlichen Rechtsstaates verstanden werden, wenn man der Rechtsstaatlichkeit einen materiellen Gehalt verleihen will. Leitidee des Rechtsstaates wird dadurch „die größtmögliche und gleichberechtigte individuale Freiheit und Sicherheit eines jeden"[92].

Die in der Menschenwürde angelegte Spannung von Freiheit und Sicherheit löst Maihofer letztlich nach dem Motto P. Schneiders „in dubio pro libertate" im Sinne eines grundsätzlichen Vorrangs der Freiheit vor der Sicherheit; denn die Sicherheit ist zwar eine Bedingung der Freiheit, nicht aber die Freiheit eine Bedingung der Sicherheit[93].

Das Konzept Maihofers von der Menschenwürde als Schutznorm von Personalität und Solidarität löst die Würde des Menschen aus der Isolation der autonomen Person und setzt sie notwendig ins Verhältnis zum Mitmenschen. Dadurch gelangt Maihofer zu bemerkenswerten Ergebnissen für das Verhältnis von Menschenwürde und Rechtsgleichheit:

Das Verhältnis zum Mitmenschen ist für Maihofer nach drei Stufen verschieden: Gleich sind alle Menschen in jener Qualität, die sie erst zum Menschen macht: in ihrer Humanität; bald gleich, bald ungleich sind die Menschen in ihren Rollen, in den Funktionen, die sie in der Gesellschaft ausüben: in ihrer Sozialität; ungleich aber sind sie untereinander in ihrem Selbstsein, dem, was sie von allen anderen unterscheidet: in ihrer Singularität[94].

In allen drei Bereichen hat der Mensch seine Persönlichkeit zu verwirklichen. Menschsein heißt nicht nur human sein, wie es der Idealismus vermeint; noch heißt es nur singulär, individuell sein, wie der Existenzialismus es vertritt; noch heißt es bloß sozial sein, Rollenträger im Gesellschaftsspiel, wie der vulgäre Materialismus behauptet. Der Mensch ist human, sozial und singulär zugleich[95]. Schutz der Menschenwürde verlangt daher Schutz des Menschen als humanes Wesen, als Gesellschaftswesen und als Einzelwesen zugleich. Dieser Schutz kann nicht darin bestehen, daß alle Menschen gleich zu achten und zu

[91] Ebd., S. 36 und 40 f.

[92] Ebd., S. 60.

[93] Ebd., S. 119, 127. Während diese Aussage theoretisch durchaus stimmen mag, wird sie für die Entscheidung des Einzelfalles unbrauchbar oder gar falsch. Als Regel für den „Zweifelsfall" verdeckt sie bloß das Abwägungsproblem (vgl. vorne Ziffer 232).

[94] Ebd., S. 49 f.

[95] Ebd., S. 51.

behandeln seien, denn diese Regel trifft nur die Rahmenbedingung, die aus der allgemeinen Menschlichkeit folgt. Darüber hinaus sind Gesellschaftlichkeit und Singularität des Menschen gerade durch eine angemessene Ungleichbehandlung bzw. durch Freiheit vor Gleichmacherei zu schützen: „Die universale und integrale Individualität des Menschen kann durch das Recht in diesen verschiedenen Hinsichten nur auf eine unterschiedliche Weise gewährleistet werden: durch Freigabe des Selbstseins, durch Vorgabe des Alsseins und durch Aufgabe des Menschseins in jedem Verhalten und in allen Verhältnissen zwischen Menschen[96].“ Im Bereich der Singularität hieße demnach Schutz der Menschenwürde Schaffung eines Freiraumes[97], im Bereich der gesellschaftlichen Rollen Bereitstellen von Chancen zu angemessenen Verhaltenstypen[98] und im Bereich des Menschseins überhaupt Entwerfen möglichst humaner Gesellschaftsziele[99].

Maihofers Konzept der Menschenwürde leistet vor allem einen Beitrag zur Verknüpfung des Solidaritätsprinzips mit dem Grundsatz der Menschenwürde. Letztlich aber muß auch er sein Konzept auf eine (möglichst) „konkrete Rechtsutopie“[100] des materialen Rechtsstaates ausrichten, auf die „politische Utopie“ einer „bürgerlichen und weltbürgerlichen Gesellschaft, in der negativ: die Verknechtung des Menschen durch einzelne Menschen, ebenso wie durch die Gesellschaft oder den Staat als solche in weitestmöglichem Umfange aufgehoben ist; positiv: auf die Errichtung einer Ordnung der größtmöglichen und gleichberechtigten individualen und nationalen Freiheit und Sicherheit Aller; der einzelnen Menschen wie der einzelnen Gesellschaften, in der Menschheit im Ganzen“[101]. Seine Hoffnung auf die Verwirklichung dieser Utopie muß Maihofer auf das Vertrauen in die ökonomische und kulturelle Dialektik der offenen pluralistischen Gesellschaft gründen[102]. Ihre praktische Festigung könnte diese Hoffnung nur durch den Aufweis konkreter Verwirklichungen und greifbarer Möglichkeiten menschenwürdigen Daseins gewinnen.

Das Konzept Maihofers kennzeichnet sich durch hohe normative Grundsätzlichkeit, doch vermag es kaum, die Brücke zu schlagen zur praktischen Verwirklichung in Recht und Gesellschaft.

---

[96] Ebd., S. 52.

[97] Vgl. den Schutz des Intimbereichs, das Verbot entwürdigender Beweistechniken im Strafprozeß u. a.

[98] Vgl. das Recht auf Bildung und Berufswahl, die Gleichberechtigung der Frau, den Mieterschutz oder die Mitbestimmung der Arbeitnehmer.

[99] Vgl. den Programmgehalt der Menschenwürde und die Verpflichtung des Gemeinwesens auf die Prinzipien des freiheitlichen sozialen Rechtsstaates.

[100] Ebd., S. 60, 80.

[101] Ebd., S. 156.

[102] Ebd., S. 158 f.

264.2 Niklas Luhmann und Bernhard Giese: Selbstdarstellung und Fairness

Das Umgekehrte gilt für den funktionalen Ansatz der Konzepte von Luhmann und Giese: Sie erfassen zwar das Phänomen der Verletzung faktischer Menschenwürde, doch vermögen sie nicht, von hier aus die Zielnorm des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde greifbar zu machen[103].

Luhmann anerkennt, daß aus einer empirischen Faktenwissenschaft keine normative Staatslehre abgeleitet werden kann[104]. Grund dafür ist die wechselseitige logische Unableitbarkeit von Sein und Sollen. Er versucht jedoch, eine funktionale Verbindung von empirischer und normativer Wissenschaft herzustellen, dergestalt, „daß die Faktenwissenschaften die Bezugsprobleme definieren, im Hinblick auf welche die Funktion des Normativen schlechthin sowie die Funktion bestimmter Normen untersucht werden kann"[105].

Aus dieser Sicht bezeichnen für Luhmann die Begriffe Freiheit und Würde „Grundbedingungen des Gelingens der Selbstdarstellung eines Menschen als individuelle Persönlichkeit"[106]. Zugleich bedeutet Würde als Wunschbegriff die gelungene Selbstdarstellung. Sie ist das Ergebnis schwieriger Darstellungsleistungen des einzelnen in ständiger sozialer Kooperation mit den Kommunikationspartnern[107]. Ihr Verlust wird weniger von außen herbeigeführt (wie bei der Freiheit) als durch die Bewertung des eigenen Verhaltens durch den einzelnen selber. Eine Verletzung der Menschenwürde liegt bei einer Mißachtung durch Dritte nur vor, „wenn der respektlos Behandelte dadurch in Korrespondenzrollen gezwungen wird, die er mit einer achtungswürdigen Selbstdarstellung nicht vereinbaren kann"[108]. Ferner wird die Würde verletzt durch Eingriffe in die private „Regie der Selbstdarstellung", d. h. dort, wo dem einzelnen die Herrschaft über sein persönliches Bild in der Gesellschaft entzogen wird[109].

---

[103] Hier zeigt sich wieder jene Unbestimmtheitsrelation der Norm, die bereits vorne (Ziffer 231.4) vorgefunden wurde: Richtet sich der Blick auf den normativen Zielwert aus, so bleibt die praktische Funktion verdunkelt; wendet man sich den konkreten Funktionen zu, so verschleiert sich der Zielwert der Norm.

[104] *N. Luhmann,* Grundrechte als Institution, S. 39.

[105] Ebd., Anm. 3. Auf diese Weise kann nicht die Norm, sondern bestenfalls der Normbereich aus dem undifferenzierten Sachbereich hervorgehoben werden, wobei jedoch zu fordern wäre, daß die Kriterien dieser Auswahl von der Norm bezogen werden. Ansonst gewinnt man nur eine vorrechtliche, soziologische Norm.

[106] Ebd., S. 61.

[107] Ebd., S. 68.

[108] Ebd., S. 73, Anm. 54.

[109] Ebd. Luhmann nennt als Beispiele die unerlaubte Veröffentlichung

Giese versucht im Anschluß an Luhmann Würde operationalisierbar zu machen[110] und als Funktion des psychischen Apparates zu analysieren[111]. Nach Giese kann man Würde einerseits „psychologisch deuten als subjektive Empfindung stimmigen, ankommenden Verhaltens, in dem sich das Selbst selbstbewußt präsentiert und repräsentiert fühlt, kann sie andererseits normativ deuten als Lob und Anerkennung für Anpassung und erwartungskonformes erwünschtes Verhalten"[112]. Nach außen verursacht Würde demnach Vertrauen[113]. Das Vertrauen anderer stärkt wiederum die Würde. Diese erweist sich als ein erfolgsqualifiziertes Verhalten, das zu Vertrauen im Verhältnis wechselseitiger Bestätigung steht[114].

Neben die von Luhmann betonte Selbstverantwortung für die eigene Würde stellt Giese die Fremverantwortung[115]. Um diesem sozialen Bezug der Würde Rechnung zu tragen, faßt er Würde nicht als Eigenschaft von Personen, sondern von Kommunikation zwischen Personen[116]. Würdewidrig ist die Kommunikation, die die Selbstdarstellung des einen Partners verletzt. Die Eigenverantwortung des Betroffenen wird durch Fremdverantwortung der anderen hilfsweise ergänzt, indem diese dafür bürgt, daß die Folgen würdenwidriger Kommunikation vermieden werden[117].

Aus dieser Sicht besteht die Funktion der Würdenorm darin, einen zivilisierten Kommunikationsstil sicherzustellen[118]. Wer die Kommunikationsherrschaft ausübt, trägt die Verantwortung für die Kommunikationswürde: Herrschaft verpflichtet[119]. Den Staat verpflichtet sie zur Gewährleistung von Fairness in allen Verfahren. „Die Würdenorm als Verfahrensgrundnorm muß Fairness garantieren[120]." Sie verpflichtet den Staat, seine Kommunikationsherrschaft niemals würdeverletzend auszuüben[121].

---

privater Aufzeichnungen, der Ergebnisse medizinischer Untersuchungen und die unerlaubte Tonbandaufnahme.

[110] *Bernhard Giese,* Das Würde-Konzept, S. 55.

[111] Ebd., S. 44.

[112] Ebd., S. 66 f.

[113] Ebd., S. 67. Vertrauen wird hier nicht im Sinne von Maihofers Selbst- und Weltvertrauen gebraucht, sondern als Vertrauenswürdigkeit, die der Handelnde durch gelingende Selbstdarstellung erwirbt (S. 68).

[114] Ebd., S. 69.

[115] Ebd. Damit entspricht Giese dem Element der Solidarität bei Maihofer.

[116] Ebd., S. 73 f.

[117] Ebd., S. 73.

[118] Ebd., S. 80.

[119] Ebd., S. 81.

[120] Ebd., S. 83. Vgl. *P. Saladin,* Das Verfassungsprinzip der Fairneß.

[121] *Giese,* S. 86.

Würde ist nicht ein Wert des Menschen, sondern ein Verfahrensprinzip, das alle an der Kommunikation Beteiligten dazu auffordert, Takt zu üben[122]. Würde verleiht kein subjektives Recht, dessen Verletzung im nachhinein eingeklagt werden kann — sie enthält vielmehr bereits die Anweisung, Würdeprobleme „ausschließlich dort und dann zu lösen, bevor oder wenn sie auftreten"[123].

Gieses Arbeit weist vor allem nachdrücklich auf den prozeßhaften Charakter von Würde hin: Würde ist nicht, sie bildet sich erst in der zwischenmenschlichen Kommunikation; sie gedeiht nur auf dem Boden von Fairness und Takt. Damit ist zweifellos Wesentliches über die Struktur der Erfahrung von Würde ausgesagt. Doch bleibt die Frage offen, ob mit der Operationalisierung der Würde mehr als nur ein sozialpsychologisches Phänomen erfaßt worden ist, das nur einen Teilbereich dessen umfaßt, was vom Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde gemeint wird. Da Giese nicht nachweist, daß das Kommunikationsproblem, das er darstellt, den Normbereich von Art. 1 Abs. 1 GG ausmacht, bleibt die geforderte Fairness der Kommunikation im „Grenzbereich zwischen Rechts- und Sozialnorm"[124]. Nach schweizerischem Verfassungsrecht wäre dieses Gebot teilweise in den Verfahrensregeln enthalten, die aus Art. 4 BV abgeleitet worden sind. Der Geist des Taktes hingegen läßt sich schwerlich überhaupt in Rechtssätze fassen. Er bleibt weitgehend Appell.

Gieses Vorschlag muß jedoch als bedeutsame rechtspolitische Forderung gewertet werden, der Normbereich der Menschenwürde sei auf die Kommunikationsstrukturen behördlicher Verfahren auszudehnen.

265 Probleme der Rechtsverwirklichung von Menschenwürde

265.1 Vorfragen zum Rechtsschutz von Menschenwürde

Die Rechtsordnung erfaßt den Menschen nur in einem begrenzten Teil seiner zwischenmenschlichen Beziehungen. Sie beschlägt weder das Innenleben des einzelnen noch die Vielzahl außerrechtlicher Verhältnisse, welche Sitte und Kultur in Familie und Gesellschaft ausmachen. Dieser „Ausschnittcharakter des Rechts" bedeutet, daß sein Menschenbild und damit auch der Schutz, den es menschlicher Würde verleiht, fragmentarisch bleibt[125].

---

[122] Ebd., S. 87 f.

[123] Ebd., S. 88.

[124] Ebd., S. 93.

[125] Vgl. *H. Huber*, Das Menschenbild des Rechts, S. 81. „Von den tiefsten und hinreißenden Fragen eines sinnerfüllten Lebens ist das Recht nicht getränkt" (ebd., S. 82). S. a. *W. Kägi*, Die Menschenrechte, S. 16 f.

Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde bezieht sich daher notgedrungen nur auf solche Lebensbedingungen, die aus der Warte des Rechtsstaates als elementare Voraussetzungen persönlicher Entfaltung gewertet werden. Was dazu zu rechnen ist, bestimmt der Wandel der Rechtsüberzeugung in der Gemeinschaft.

Einigkeit besteht in Lehre und Praxis darüber, daß sich die Gesamtheit der Grundrechte mehr oder weniger unmittelbar um die Menschenwürde als gemeinsame Mitte scharen. Soll nun die Würde das Elementare, Wesentliche[126] am Menschen schützen, so liegt der Gedanke nahe, in ihr den Wesensgehalt aller Grundrechte zu erblicken[127]. Danach wäre die Menschenwürde identisch mit dem absolut geschützten Kerngehalt der Grundrechte. Richtig daran ist jedenfalls, daß der konsequente Bezug dieser Rechte auf die Würde der menschlichen Person[128] wesentlich dazu beitragen kann, den materiellen Rechtsstaat vor der Aushöhlung durch die Summe einzelner Freiheitsbeschränkungen zu bewahren. Fragwürdig ist jedoch die räumlich-körperhafte Vorstellung von einem staatsfreien Bereich der Freiheit[129], die hinter dem Bild des Kerngehalts zu stehen pflegt. Freiheit kann in der modernen Gesellschaft nur auf der Grundlage der staatlichen Ordnung und ihrer Leistungen bestehen. Daher erscheint es fruchtbarer, von Menschenwürde als tragendem Verfassungsgrundsatz zu sprechen, der den Gehalt der Grundrechte in jedem Fall wesentlich mitbestimmt[130].

Eine andere Schlußfolgerung, die vom Bild der Menschenwürde als Schutzrecht[131] des Wesentlichen am Menschen und besonders als Kernbereich der Freiheitsrechte nahegelegt wird, ist jene, daß die Menschenwürde auf das statische Dasein, die Wesenheit[132] des Menschen ausgerichtet ist, nicht aber auf dessen Dynamik[133]. Die Wirkung des Verfassungsgrundsatzes richtet sich danach „viel eher auf Wahrung als auf Entfaltung des Mensch-Seins“[134]. Auch hier trifft der Grundgedanke zu, daß die Bewahrung eines jeweils erreichten Mindestmaßes an gesellschaftlich und staatlich anerkannter und gewährter Selbständigkeit des freien Individuums erste Schutzaufgabe des Verfassungsgrundsatzes sein muß. Fragwürdig wird jedoch auch hier die defensive

---

[126] *H. Huber,* Das Menschenbild des Rechts, S. 86.

[127] Vgl. *J. P. Müller,* Die Grundrechte der Verfassung, S. 102; *P. Saladin,* Grundrechte im Wandel, S. 306 und 418.

[128] *P. Saladin,* Grundrechte im Wandel, S. 307.

[129] Vgl. *J. P. Müller,* Recht auf Leben, S. 461 Anm. 13.

[130] Vgl. dazu grundsätzlich vorne Ziffer 233.7.

[131] *P. Saladin,* Funktion der Grundrechte, S. 552.

[132] *H. C. Nipperdey,* Die Würde des Menschen, S. 15.

[133] Ebd. Vgl. *derselbe,* Freie Entfaltung der Persönlichkeit, S. 742.

[134] *P. Saladin,* Grundrechte im Wandel, S. 94; *derselbe,* Funktion der Grundrechte, S. 552; vgl. hinten Ziffer 265.5.

Ausrichtung dieser Schutzaufgabe dann, wenn sie Gefahr läuft, den Blick für neue Entfaltungsbereiche zu verschließen, die im Wandel der Verhältnisse neue Minimalgarantien erheischen mögen.

Der Versuch, den ‚Schutzrechten' und besonders der Menschenwürde eine spezifische Ausrichtung zu verleihen, wird verständlich, wenn man sich eine andere Gefahr vor Augen hält, nämlich die, daß diese Rechte entweder gegenüber den anderen jede Eigenständigkeit verlieren oder aber als Voraussetzung der einzelnen Freiheitsrechte zur Schaffung eines geschlossenen Grundrechtssystems verleiten, das eine Werthierarchie[135] verkündet, die sich verfassungsrechtlich nicht abstützen läßt, oder gar auf ontologischer Grundlage vorgegebene Rangstufen unterscheidet, welche die deduktive Ableitung von Problemlösungen gestatten würde[136].

Demgegenüber wird man der Konkretisierung der Grundrechte und des Verfassungsgrundsatzes wohl am ehesten gerecht, wenn man die Schutzrichtung generell offen läßt und im Einzelfall danach fragt, ob für die eine oder andere Wirkung den beigezogenen Normen ein justiziabler Gehalt entnommen werden kann. Das juristische Problemlösungsverfahren wird dort seine Grenze finden, wo es beginnt, als Ersatz für den normbildenden politischen Prozeß einzutreten[137]. Mit J. P. Müller kann man ein Problem dann als justiziabel bezeichnen, „wenn genügend Kriterien juristischer Argumentation zur Verfügung stehen, um es in optimal vertretbarer Weise zu lösen. Als nicht justiziabel gelten anderseits Fragen, bei denen die zur Problemlösung notwendigen politischen Grundentscheidungen noch nicht getroffen sind"[138]. Maßgeblich ist dabei der Bezugsrahmen[139], das „institutionell gefestigte Koordinatensystem", in welches sich die Problemlösung einbetten läßt[140].

Kann einem Grundrecht oder dem Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde für ein bestimmtes Problem kein justiziabler Gehalt entnommen werden, so muß das juristische Problemlösungsverfahren an den Grenzen dessen anhalten, was vom Gesetzgeber noch zu entscheiden ist. Immerhin können dann die Kriterien, welche für die Lösung des Einzelfalles nicht ausreichen, doch wegleitende Gesichtspunkte der Rechtsetzung abgeben.

---

[135] Vgl. *H. Nef*, Die Wertordnung der schweizerischen Bundesverfassung (Festschrift für Hans Huber, Bern 1961), S. 190 ff.; dazu vorne Ziffer 232.

[136] Vgl. *W. Wertenbruch*, Grundgesetz und Menschenwürde, Köln / Berlin 1958, S. 185 ff.

[137] Vgl. *J. P. Müller*, Soziale Grundrechte, S. 827.

[138] Ebd., S. 844.

[139] Ebd.

[140] Ebd., S. 898.

In beiden Fällen ist es sinnvoll, nach Teilantworten zu den Problemen zu suchen, die sich bei der Verwirklichung von Menschenwürde im Recht finden lassen. Dies soll im folgenden geschehen.

Dabei wird sich zeigen, daß die Menschenwürde ihre Wirkungen nach vier Richtungen entfaltet, die alle ihren Ausgangspunkt in dem Gebot nehmen, wonach der Mensch nie zum Objekt oder Mittel herabgewürdigt werden darf, sondern immer Subjekt, Person sein soll:

1. *Als Garantie der Subjektqualität reicht die Menschenwürde vom Mitwirkungsrecht vor Gericht (265.2) über Partizipation im allgemeinen (265.3) bis zur Demokratie als Staats- und Lebensform (265.4).*
2. *Als Gewährleistung des Persönlichkeitsschutzes des einzelnen Menschen führt die Würde vom Schutz des Intimbereiches (265.5) und der Freiheit von Angst bis zu Minimalgarantien materieller Menschenwürde (265.6) und zu Sozialverpflichtungen des Staates.*
3. *Als Gewährleistung der gleichen Würde aller Menschen verbietet Würde zunächst jede Willkür, fordert aber zudem Chancengleichheit und Abbau von Herrschaft über Menschen (265.7).*
4. *Als Würde der Gesellschaft als ganzes ruft Menschenwürde nach Humanisierung von Technik und Bürokratie, sowie nach Förderung der Lebensqualität (265.8).*

Auf vier Ebenen schützt somit der Verfassungsgrundsatz von der Würde den Menschen: als Handlungssubjekt, als Persönlichkeit, als sozialer Partner und als Glied der Gesellschaft. In allen vier Ebenen oder Richtungen nimmt die Unbestimmtheit der Norm in dem Maße zu, in welchem sich das zu lösende Problem von jenem der Herabwürdigung zum bloßen Objekt unterscheidet. Entsprechend schwindet die juristische Entscheidbarkeit des Falles.

265.2 Menschenwürde vor Gericht

Im Strafprozeß zeigt sich die wahre Verfassung eines Landes, im Grundgesetz bloß die postulierte[141]. Dies trifft jedenfalls für den einen Grundgehalt der Menschenwürde zu, der verlangt, daß der Mensch im staatlichen Verfahren stets als selbständig beteiligtes Subjekt behandelt werde.

Die augenscheinlichste Verletzung der Menschenwürde im Strafprozeß ist die Folter[142]. Die Verletzung liegt einmal in der gewaltsamen

---

[141] *M. Meyer,* Der Schutz der persönlichen Freiheit im rechtsstaatlichen Strafprozeß, S. 57.

[142] Vgl. ebd., S. 270 ff.

Zerstörung der körperlichen Integrität zum Zwecke der Brechung auch der geistigen Integrität. Der Versuch, auf diese Weise den Willen des Opfers zu beeinflussen ist aber auch eine krasse Mißachtung der Rationalität und der Fairneß des Verfahrens. Jedenfalls stellt die Folter auch in ihren „nicht gesundheitsschädlichen" Formen einen so schweren Freiheitseingriff dar, daß sie niemals als verhältnismäßiges Mittel gelten kann[143].

Die Menschenwürde kann jedoch auf viel subtilere Weise verletzt werden, ohne daß Gewalt angewendet wird. Fragwürdig ist bereits die Vornahme gewisser psychologischer und graphologischer Gutachten. Den Experten trifft jedenfalls eine hohe Fremdverantwortung für die Würde des Betroffenen, weil er mit dem Gutachten dessen freie und bewußte Selbstdarstellung verdrängt[144]. Wo mit psychologischen Untersuchungstechniken die Erkenntnisfähigkeit und der freie Wille des Beschuldigten überspielt werden können, wird die Menschenwürde verletzt, weil so die freie Verfügungsgewalt des einzelnen über sich selbst umgangen wird[145]. Dasselbe gilt für graphologische Untersuchungen, die nicht der Identifizierung, sondern der charakterlichen Erforschung des Beschuldigten dienen[146]. Alle Gutachten zur Persönlichkeit haben ferner eine Schranke zu wahren, die der Grübelei im Innern des Menschen gesetzt ist[147], auch wenn sie im Interesse der Strafverfolgung oder des Beschuldigten selber erfolgen. Es ist fraglich, ob der Richter überhaupt darauf angewiesen ist, über seine eigenen Wahrnehmungen und den persönlichen Eindruck hinaus in die Geheimsphäre des Beschuldigten einzudringen, um ein gerechtes Urteil zu fällen[148].

---

[143] Ebd., S. 273. Hinzu kommt, daß die Folter gar kein taugliches Mittel der Wahrheitserforschung ist und vom wohlverstandenen Zweck der Strafverfolgung gar nicht gedeckt sein kann. Über die Folter hinaus ist jedoch jede körperliche Mißhandlung eine Verletzung der Menschenwürde. Das gilt einmal für die eigentliche körperliche Züchtigung, sei es im Strafvollzug (*G. Hug*, Persönliche Freiheit und besondere Gewaltsverhältnisse, S. 233) oder als Erziehungs- und Fürsorgemaßnahme: „Das körperliche Schlagen eines Menschen bedeutet eine Erniedrigung und Entehrung der menschlichen Person, weil dadurch die Natur des Menschen als vernunftbegabtes und erziehungsfähiges Wesen geleugnet wird und der Mensch auf die Stufe des dressierbaren Tieres degradiert wird" (a.a.O., S. 54). Aber auch indirekte Eingriffe in die körperliche Integrität des Gefangenen wie Dunkelzelle oder Dauerbeleuchtung, hartes Lager oder wesentliche Kostschmälerung verletzen in verfassungswidriger Weise die Persönlichkeit des Gepeinigten (ebd., S. 227 ff.).

[144] *B. Giese*, Das Würde-Konzept, S. 85.

[145] *M. Meyer*, S. 245. Unzulässig ist daher nach Meyer vor allem die psychologische Untersuchung zum Zwecke der Würdigung von Aussagen des Beschuldigten, weil sie darauf abzielt, die Äußerungsfreiheit zu umgehen.

[146] Ebd., S. 251 f.

[147] Ebd., S. 245.

[148] Ebd., S. 251 f.; vgl. hinten Ziffer 265.5.

Eine weitere Bedrohung der Menschenwürde im Strafprozeß liegt im technischen Zweckdenken, das zur Anwendung von Narkoanalysen, Lügendetektor oder der Wahrheitssera als Methoden der Wahrheitsermittlung verleitet[149]. Hier liegt das Menschenunwürdige im „Einbruch in den seelischen Eigenraum des Menschen und darin, daß dessen unbewußte seelische Regungen am Apparat gemessen und gewertet werden"[150]. Der Lügendetektor entlockt dem Beschuldigten unter Umgehung seines Willens „Aussagen" über seine elementaren psychischen Vorgänge. Dadurch wird der Befragte in seiner Eigenverantwortlichkeit getroffen und in seiner Würde verletzt[151]. Die Narkoanalyse oder Befragung unter Drogeneinfluß hingegen beeinflußt nicht nur die Willensbildung (wie die Folter), noch beschränkt sie sich darauf, den freien Willen zu umgehen (wie der Lügendetektor): Sie versucht, den Willen des Menschen „direkt zu verändern, indem wesentliche psychische Elemente der Willensbildung künstlich ausgeschaltet, abgeschwächt oder verstärkt werden". Dadurch wird der Mensch als sittliche Persönlichkeit überhaupt in Frage gestellt[152].

Grundsätzlich steht die Menschenwürde in einem Spannungsverhältnis zu kriminalpolitischen Anliegen. Würde verlangt die Zurückstellung von Wahrheitsinteressen durch Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote[153]. Tendenziell wird sie dort besser gewahrt, „wo Entscheidungen durch die Fairneß des Verfahrens legitimiert werden und nicht durch immanente Wahrheit, die gern auf Kosten der Würde geht"[154]. Als Verfahrensgrundnorm[155] fordert Menschenwürde, daß staatliche Tätigkeit eher von der Fairneß des befolgten Verfahrens als von der materiellen Gerechtigkeit oder Wahrheit des Ergebnisses her legitimiert wird. Im Konflikt zwischen Menschenwürde und Wahrheitsermittlung oder zweckmäßiger Erfüllung anderer öffentlicher Aufgaben hat die Behörde stets zu berücksichtigen, daß die Verletzung der Würde des Bürgers einen unverbesserlichen Schaden darstellt, dessen Vermeidung ganz in ihrer Macht steht, während der erstrebte Erfolg nur einen ungewissen Nutzen bringt, dessen Eintreten ihrer Verfügungsgewalt letztlich entzogen ist[156].

---

[149] *J. P. Müller*, Die Grundrechte der Verfassung, S. 159.

[150] Ebd.

[151] *M. Meyer*, S. 257.

[152] Ebd., S. 266.

[153] *B. Giese*, Das Würdekonzept, S. 101.

[154] Ebd.

[155] Ebd., S. 98.

[156] Auch das staatliche Verfahren kennt seine Pyrrhussiege, namentlich dort, wo die legitimierende Wirkung der Fairneß im Verfahren unterschätzt wird und der Bürger den Behörden das Vertrauen entzieht (vgl. *B. Giese*, S. 97 und 108).

In letzter Konsequenz verlangt Würde im Verfahren den Verzicht auf die Feststellung von Verschulden, an welches Rechtsfolgen geknüpft werden[157]. Der Vorwurf der Schuld berührt stets die Würde des Fehlbaren. — Daran ist zumindest richtig, daß staatliche Behörden durch moralisierende Verurteilungen die Würde des Täters verletzen. Sie haben Verschuldensfragen nur soweit abzuklären, als es für die Entscheidung notwendig ist, und dabei jenen Takt walten zu lassen, der die Persönlichkeit des Beschuldigten soweit schont, wie es die Menschenwürde fordert und die Strafverfolgung gestattet[158].

Die Menschenwürde als Verfahrensgrundnorm bildet jedoch vor allem den materiellen Gehalt des rechtlichen Gehörs, das Rechtsgut, welches diese „formelle" Verfahrensnorm zu schützen bestimmt ist. Ein falscher Entscheid wird allenfalls als ungerecht empfunden, aber ertragen, wenn er auf korrekte Weise zustande gekommen ist. Ein Verfahren aber, das den Betroffenen zum bloßen Objekt staatlichen Handelns gemacht hat, wird als Kränkung empfunden und weckt ein Gefühl der Entwürdigung. Sobald der Bürger im Verfahren nicht als Verfahrenssubjekt behandelt wird und als Mensch zur Geltung kommen kann, rechnet er den Behörden die in der hoheitlichen Tätigkeit liegende Überlegenheit als persönliche Überheblichkeit an[159].

Die Herrschaft[160], die vor allem der Richter im Strafverfahren über den Verlauf der Verhandlungen ausübt, bedeutet eine ständige Gefährdung der Subjektqualität des Beschuldigten und damit des Sinngehalts des rechtlichen Gehörs. Man kann die Gerichtsverhandlung als „zerbrochene Kommunikation" beschreiben, als „asymmetrischen, pathologischen Prozeß"[161], in welchem die Einflußchancen der Beteiligten höchst ungleich verteilt sind und die Bedürfnisse und Motive der einzelnen in starren Rollen und unter rigiden Normen zum Ausdruck kommen müssen[162]: Der Richter schweigt, während die andern offen argumentieren müssen; dennoch hat er die alleinige Herrschaft über die Interpretation des Geschehens inne, ebenso steht ihm die Herrschaft über die Gewalt- und Diskriminationsmittel zu[163]. Der Rückzug in die

---

[157] So jedenfalls *Giese*, S. 91.

[158] Umgekehrt verlangt gerade die Menschenwürde, daß dem Verurteilten nur das als Fehler angelastet und zur Haftung auferlegt wird, was er auch wirklich selber zu verantworten hat. So verletzt z. B. die Generalprävention als Strafzumessungsgrund die Würde des Verurteilten, weil er auf diese Weise zum bloßen Objekt für kriminalpolitische Zwecke gemacht wird (vgl. dazu *Giese*, S. 51).

[159] *R. Tinner*, Das rechtliche Gehör, S. 310 f.

[160] *B. Giese*, S. 80.

[161] *H. Rottleuthner*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, S. 159.

[162] Ebd.

[163] Ebd., S. 161.

Beobachterrolle verleiht dem Richter einerseits die Fähigkeit, andere ins Unrecht zu versetzen, ohne sie davon überzeugen zu müssen; andererseits gestattet sie ihm, die Angst, sich in Ausübung seines magistralen Amtes Blößen zu geben, „in neurotischer Regungslosigkeit" stillzulegen[164].

Diese — leicht überspitzt geschilderte — Verfahrensherrschaft des Richters droht den Beschuldigten in eine unwürdige Lage zu versetzen; sie verpflichtet den Richter zu Fairneß und Takt und lädt ihm die Verantwortung für die Wahrung der Würde der Beteiligten auf. Wo immer möglich hat er die Einseitigkeit der Kommunikationsrichtung aufzuheben und den Dialog zu suchen[165]. Würde im Verfahren verlangt ein Minimum von bestätigendem Austausch zwischen Richter und Bürger[166].

Der Bezug auf die Menschenwürde macht somit aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör mehr als nur ein formelles Recht auf Stellungnahme: Rechtliches Gehör bedeutet eine faire Einflußchance auf das Ergebnis des Verfahrens, einen Anspruch auf rationalen Dialog mit der entscheidenden Instanz, kurz: den Anspruch darauf, daß die Vorbringen des Bürgers verstanden und als verbindlich gewertet werden. Rechtliches Gehör ist erst gewährt, wenn die Behörde dem Betroffenen die Gewißheit verschafft hat, verstanden worden zu sein, und wenn seine Vorbringen in der Begründung des Entscheides auf rational einsichtige Weise gewürdigt worden sind.

265.3 Menschenwürde als Partizipationsanspruch

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist als Recht, auf den Ausgang des Verfahrens Einfluß zu nehmen, ein Mitgestaltungsrecht und weist somit eine demokratische Note auf[167]. In einem weiteren Sinne gilt dies für alle Grundrechte, insofern sie „Richtpunkte zur Organisation eines freien politischen Lebens" darstellen und einen „prozessualen (instrumentalen) Charakter als Garantien eines freien politischen Prozesses" aufweisen[168].

Die Mitwirkungsrechte des Bürgers in Politik und Verwaltung sind daher nicht nur im Hinblick auf die Demokratie zu begründen und zu interpretieren, sondern ebenso im Hinblick auf den Rechtsstaat und insbesondere die Würde des Menschen. Partizipationsrechte ersetzen den Gerichtsschutz dort, wo dieser in seiner Nachträglichkeit versagen

---

[164] So sieht es zumindest *Rottleuthner*, S. 162.

[165] *B. Giese*, S. 82.

[166] Ebd., S. 83.

[167] *M. Imboden*, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung Bd. II, Nr. 611, S. 612 f.

[168] *J. P. Müller*, Soziale Grundrechte, S. 744.

muß, d. h. bei der gestaltenden Verwaltung und insbesondere bei der Planung. Auch hier geht es darum, „den einzelnen vor der Degradierung zum bloßen Objekt staatlicher Verfahren zu bewahren, ihn nicht zum austauschbaren Leistungsempfänger denaturieren zu lassen“[169]. Die Menschenwürde fordert hier vom Gesetzgeber die *Schaffung angemessener Partizipationsverfahren.* Von den Kriterien für die Partizipationsberechtigung, zu denen die Betroffenheit, das Interesse, die Erfahrung und der Sachverstand gezählt werden[170], betont sie vor allem das erste. Und unter den möglichen Formen der Mitwirkung fordert sie mit zunehmender Betroffenheit einen höheren Partizipationsgrad: von bloßer Information über Akteneinsicht, Anhörung und Mitberatung bis zur Mitentscheidung[171]. Eine gewisse „Politisierung“ der Verwaltung ist dabei in Kauf zu nehmen, wenn das Partizipationsverfahren die Transparenz der Einflußnahme gewährleistet. In dem Maße, als der Verwaltung die weitere Konkretisierung politischer Entscheidungen übertragen ist, wird auch die Mitwirkung der Betroffenen keine justizförmige, sondern nur eine politische sein können. Zu fordern ist dann bloß die Offenlegung der politischen Prozesse, die dabei ablaufen[172]. Transparenz im Sinne des Zugangs der Öffentlichkeit zum Verfahren wie der Verfahrensbeteiligten zur Öffentlichkeit (mittels der Presse) ist hier wie im Gerichtsverfahren eine wichtige Voraussetzung für die Verantwortlichkeit der Entscheidung[173].

Für die Mitwirkung der Betroffenen bei der Planung ist von entscheidender Bedeutung, zu welchem Zeitpunkt sie erfolgt. Grundsätzlich muß sie dort einsetzen, wo das für das Ergebnis Entscheidende festgestellt wird[174]. Die Betroffenen müssen in die Lage versetzt werden, die entscheidenden Phasen im Planungsablauf rechtzeitig zu erkennen und bereits vor der Planfestsetzung zu Worte zu kommen; bei der Ortsplanung bedingt dies beispielsweise die Veröffentlichung des Richtplanes und der Teilrichtpläne[175]. In diesem Zeitpunkt sind die Betroffenen mindestens anzuhören. Bei anderen Planungsverfahren sind gewisse Planungsstadien sogar rechtskräftig abzuschließen und einem justizförmigen Rechtsmittelverfahren zu unterstellen[176].

---

[169] Ebd., S. 927.

[170] Ebd.

[171] Ebd.

[172] Ebd., S. 928, Anm. 780.

[173] Vgl. *B. Giese,* S. 71.

[174] *M. Baschung* und *R. Stüdeli,* Probleme des Rechtsschutzes im Planungsrecht, S. 125.

[175] Ebd., S. 126.

[176] Ebd., S. 127. Die Autoren nennen als Beispiel die Bewertung des Altbesitzstandes bei der Güterzusammenlegung.

Echte Partizipation setzt in der „pluralistischen Planung“[177] jedoch bereits viel früher ein. Diese beginnt mit dem öffentlichen Sammeln von Ideen; diese werden sodann zu Varianten verarbeitet, die ihrerseits wiederum zur öffentlichen Vernehmlassung unterbreitet werden; auf deren Grundlage trifft die politische Führung die Auswahl einer Präferenzvariante, die schließlich der demokratischen Abstimmung unterstellt wird[178]. Dabei können alle begleitenden Informations- und Konsultationsverfahren sämtliche Betroffenen einbeziehen, auch über die politischen Grenzen des planenden Gemeinwesens hinaus. Erst der abschließende Entscheid kann nur von der zuständigen Körperschaft getroffen werden[179].

Weil im Planungsverfahren das Erkennen der eigenen Interessen wie ihre Wahrnehmung vor den Planungsinstanzen besonders schwierig ist, erschöpfen sich die Pflichten des Staates nicht in der Gewährung von Partizipationsmöglichkeiten. Die Teilnahme organisierter und nichtorganisierter Gruppen ist nach Möglichkeit zu fördern. Beispielsweise kann bereits bestehenden Gruppen dazu verholfen werden, „Anwaltsplaner“ anzustellen, die zu den verschiedenen Planungsfragen Alternativen entwerfen, welche den Interessen ihrer Gruppen am besten entsprechen[180]. Für die Nicht-Organisierten kann der Staat „Artikulationshelfer“ einsetzen, die dafür sorgen sollen, daß sich Bürger mit gemeinsamen Interessen in Gruppen organisieren, damit Öffentlichkeit überhaupt zustande kommt[181].

Auch der Ombudsmann gehört zu den Institutionen zur Förderung von Partizipation im weiteren Sinne, vor allem wenn er befugt ist, von sich aus systematisch Beschwerden und Kritiken zu sammeln und wenn er sich über untragbare Zustände allgemein äußern darf[182].

So wie Menschenwürde im staatlichen Verfahren die Partizipation der betroffenen Bürger fordert, ruft sie im Wirtschaftsprozeß nach *Mitbestimmung der Arbeitnehmer.* Denn als Grundsatz verlangt sie, daß „die Selbstbestimmung ... überall dort, wo sie eingeschränkt werden muß, durch die Mitbestimmung ersetzt“ wird[183]. Freilich sind Grad und Formen der Mitbestimmung ebenso wie jene der Partizipation zunächst im politischen Prozeß zu bestimmen[184]. Immerhin läßt sich sagen, daß die Erniedrigung des Arbeiters zum Objekt oder Mittel des

[177] *R. Schilling,* Die Demokratie der Teilnahme, S. 51.
[178] Ebd., S. 65.
[179] Ebd., S. 201.
[180] Ebd., S. 51.
[181] Ebd., S. 100 ff., 104 f.
[182] Ebd., S. 107.
[183] *Th. Fleiner,* Recht und Gerechtigkeit, S. 133.
[184] *B. Giese,* S. 52.

Unternehmers nicht von ihm und seinen Kontaktpersonen persönlich behoben werden kann, sondern nur durch Maßnahmen, welche die Struktur der Arbeitssituation verändern[185].

Das Mitgestaltungsrecht, das in der Menschenwürde als Garantie der Subjektqualität begründet liegt, führt auf der letzten, gesamtgesellschaftlichen oder gar gesamtmenschheitlichen Ebene zum maßgebenden Kriterium für die Entscheidung existentieller Fragen:

> Hier „gewinnt Menschenwürde einen neuen Sinn als Bereitschaft und Fähigkeit zu verantwortungsbewußter Entscheidung zwischen den immer zahlreicheren und existentiell bedeutsameren Alternativen, die sich dem Menschen in der dynamischen Kultur bieten. Verantwortungsbewußt ist eine Entscheidung dann, wenn sie ihrem subjektiv gemeinten Sinne nach der Förderung menschheitswürdiger Ziele durch den Einsatz menschheitswürdiger Mittel dienen soll und wenn sie vitalpolitisch rational zustande gekommen ist: mit Hilfe aller verfügbaren und angemessenen Informationen und Erkenntnismethoden und unter Berücksichtigung aller Aspekte der Situation, auf die die Entscheidung sich richtet. Als solche Aspekte kommen in Frage die Forderungen, Erwartungen, Bedürfnisse und Fähigkeiten aller beteiligten, faktisch oder potentiell betroffenen Menschen und Sozialgebilde, wie auch die sachlichen Voraussetzungen und die voraussehbaren direkten und indirekten Begleit- und Folgeerscheinungen der Entwicklung“[186].

265.4 Menschenwürde und Demokratie

Wenn Menschenwürde als Garantie der Subjektqualität verlangt, daß der Betroffene vor Gericht, in der gestaltenden und planenden Verwaltung sowie im Wirtschaftsprozeß an der Entscheidung mitwirken kann, so kann sie sich auf der politischen Ebene nur in einer partizipativen Staatsform, der Demokratie verwirklichen. Umgekehrt ist die Wahrung der Menschenwürde der tiefste Grund der Demokratie. Diese „erhält ihre Berechtigung nicht durch abstrakte Prinzipien, sondern aus der Stellung potentiell aller Menschen als Subjekte der politischen Zielfindung, aus der Würde des Individuums, die verlangt, daß die Bedürfnisse der Menschen die Rationalitätskriterien des Systems abgeben“[187].

---

[185] Ebd., S. 106.

[186] *R. Behrendt*, Menschenwürde als Problem der sozialen Wirklichkeit, S. 46. Auf dieser Ebene trifft sich der Gehalt der Menschenwürde als Mitgestaltungsrecht mit der Würde der gesamten Gesellschaft (vgl. hinten Ziffer 265.8).

[187] *H. Willke*, Grundrechtstheorie, S. 209. *F. Münch* (Die Menschenwürde als Grundforderung unserer Verfassung, Antrittsvorlesung, Bonn 1952, S. 8) begründet den Zusammenhang von Menschenwürde und Demokratie über die Rechtsgleichheit: „Die Würde des Menschen erscheint jetzt als Obersatz, als höhere Schutzbestimmung für die Gleichheit. Diese bedeutet aber nicht nur die Gleichheit vor dem Gesetz und die Gleichheit des Gesetzes, sondern auch die Gleichheit der politischen Rechte, die demokratische Forderung auf Beschränkung und Kontrolle der Obrigkeit“ (vgl. hinten Ziffer 265.7).

Menschenwürde ist mit Demokratie als gesellschaftliche Ordnungsform untrennbar verbunden[188]. Menschenwürde braucht Demokratie für ihre Verwirklichung, weil nur diese jene Teilnahme- und Mitgestaltungsmöglichkeiten bietet, die dem einzelnen gestatten, seine Autonomie im Verein mit den anderen bestmöglich zu entfalten. Umgekehrt braucht Demokratie die Menschenwürde als Leitidee, um ihren institutionellen Rahmen mit Inhalt zu füllen[189]. „Individuelle Autonomie, die Essenz der Menschenwürde, ist also gleichzeitig Element und Ergebnis der Demokratie[190]." So wie Demokratie auf die Bereitschaft und Fähigkeit des einzelnen zur geistigen und gesellschaftlichen Mündigkeit angewiesen ist, bedarf die Würde des Menschen eines Gemeinwesens von Freien und grundsätzlich Gleichberechtigten[191].

Wenn die Demokratie von der Menschenwürde ihren inneren Gehalt empfängt, dann kann sie von den übrigen Formen der Partizipation nicht isoliert werden: „Politische Demokratie ist nur *eine* Form praktizierter Menschenwürde[192]." In seiner Rolle als Bürger allein kann der Mensch nicht jene Mündigkeit erwerben, welche die Demokratie von ihm fordert. Diese ist darauf angewiesen, daß ihre Bürger sich auch als Familienmitglieder, Schüler, Studenten, Arbeitnehmer und Verbandsmitglieder verantwortlich beteiligen können[193]. Menschenwürde verlangt daher ein umfassendes Demokratieverständnis.

In diesem Sinne heißt letztlich Kampf für die Verwirklichung von Demokratie auch „Kampf gegen soziale Ungerechtigkeit, gegen wirtschaftliche Abhängigkeit, gegen Unterdrückung in jeder Form, heißt Kampf für die Befreiung des Menschen von Zwängen jeder Art, heißt Kampf für die Mündigkeit des Menschen", obwohl dieses Ziel noch nirgends erreicht ist[194].

265.5 Menschenwürde und Persönlichkeitsschutz

Der bisher geschilderte Teilgehalt der Menschenwürde als Mitgestaltungsrecht kann nach einem zeitgemäßen Grundrechtsverständnis als Freiheitsrecht begriffen werden; hier geht es um die Entfaltung der Autonomie des einzelnen, um seine Selbst- oder doch Mitbestimmung. Als Garantie der Subjektqualität gewährleistet die Menschenwürde einen Bereich der Handlungsfreiheit. Als Grundnorm des Persönlichkeitsschutzes hingegen bietet sie vielmehr eine Sicherheit. Sie errichtet

188 *R. Behrendt*, S. 56.
189 Ebd., S. 56 f.
190 Ebd., S. 57.
191 Ebd.
192 Ebd., S. 56.
193 Ebd.
194 *R. Schilling*, S. 9.

einen „Schutzwall um die menschliche Personalität“[195]. Diesem Teilgehalt kann daher der Charakter eines „Schutzrechts“ zugesprochen werden[196]. Dieses sichert dem einzelnen die Voraussetzungen einer menschenwürdigen Existenz als Persönlichkeit. Der Schutz reicht von der biologischen und psychischen Identität über den Geheim- und Privatbereich, die Freiheit von Angst und Not bis zum Sozialrecht auf Wohnung, Bildung und Fürsorge und zur Sozialverpflichtung des Staates überhaupt.

Der verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz setzt bereits bei den biologischen Voraussetzungen persönlicher Integrität an. Die Menschenwürde steht beispielsweise einer Vererbungslenkung entgegen, denn auch die zukünftige Individualität des nasciturus ist jeder Verfügungsgewalt entzogen[197]. Dasselbe gilt von Transplantationen wie Gehirn- oder Keimdrüsenverpflanzungen, welche beim Gewebeempfänger zu einer Veränderung der Persönlichkeit führen[198].

Neben dem unmittelbaren Eingriff in die Persönlichkeitsstruktur des Menschen verletzt der Einbruch in die Geheimsphäre seine Individualität wohl am stärksten. Die Geheimsphäre ist der notwendige Lebensraum, den der Mensch benötigt, um den Kern seiner Persönlichkeit und damit seine Würde zu bewahren[199]. Der notwendige Schutz reicht über die Gewissensfreiheit und den Intimbereich hinaus in die gesamte Privatsphäre des Menschen[200].

Die Privat- und Geheimsphäre des Menschen wird aber nicht nur durch polizeiliche Maßnahmen oder neue technische Eingriffsmöglichkeiten bedroht[201]. Auch im Bereich sozialstaatlicher Leistungen bestehen erhebliche Gefahren. Daß die Fürsorgebehörden in empfindlicher Weise in die Privatsphäre des einzelnen eingreifen, wenn sie dessen Bedürftigkeit bestimmen oder sie beheben helfen, liegt auf der Hand. Die Schweigepflicht der Fürsorgeorgane ist daher ein elementares Gebot[202]. Dasselbe gilt auch etwa für die schulpsychologische Untersuchung und Behandlung. Das Seelenleben oder die Privat- und Fami-

[195] *P. Saladin,* Funktion der Grundrechte, S. 552.

[196] Vgl. vorne Ziffer 265.1; *P. Saladin,* Grundrechte im Wandel, S. 402 f. und Funktion der Grundrechte, S. 552.

[197] *H. Trockel,* Menschenwürde und medizinisch-biologische Forschung, NJW 24 (1971), S. 217 ff., 218 f.

[198] Ebd., S. 219.

[199] *H. Scholler,* Die Freiheit des Gewissens, S. 137.

[200] *P. Saladin,* Grundrechte im Wandel, S. 97 und 418.

[201] Zur Telefonabhörung vgl. vorne Ziffer 253.1.

[202] Vgl. z. B. Art. 22 des bernischen Gesetzes über das Fürsorgewesen vom 3. Dezember 1961. Bedenklich ist dabei, daß hier wie anderswo die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit nicht nur vom Betroffenen, sondern auch von der vorgesetzten Behörde aufgehoben werden kann, und zwar in aller Regel ohne ein Verfahren, an dem der Betroffene beteiligt wäre.

lienverhältnisse des Schülers dürfen nur mit großer Zurückhaltung erforscht werden. Alle persönlichkeitsbezogenen Angaben müssen von der Schulbehörde geheimgehalten werden[203].

Das Verlangen nach verstärktem Schutz der persönlichen Geheimsphäre hat seinen Ausdruck im Postulat der *Freiheit von Angst und Furcht* gefunden[204]. Wo dem Menschen die Geheimsphäre, der Bereich des Schweigens, versagt bleibt, wird sein seelischer Lebensraum mit Angst erfüllt, er zieht sich zurück, verliert seine Freiheit, sein Verantwortungsbewußtsein und damit seine Würde[205]. Diese Gefahr besteht nicht nur in totalitären Staaten; in den komplexen modernen Industriegesellschaften bilden Technokratie und Bürokratie ein immer engeres Netz um die menschliche Person. Unter diesen Bedingungen wird der Freiheit von Angst und Furcht immer größere Bedeutung zukommen[206].

Die Ausstrahlungen der Menschenwürde als verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz sind mannigfaltig und nicht abschließend faßbar. Geschützt ist die „Integrität der menschlichen Persönlichkeit in all ihren essentiellen Elementen“[207]. Die Menschenwürde gewährleistet auf Verfassungsebene und gegenüber staatlichen Eingriffen denselben Persönlichkeitsschutz, den das Privatrecht im Horizontalverhältnis gewährt[208].

Die besonderen Probleme, die sich aus dem Verhältnis der Menschenwürde als Persönlichkeitsschutz zum *Recht auf Leben* ergeben, können im vorliegenden Überblick nur gestreift werden: Der Schwangerschaftsabbruch und die passive Sterbehilfe schaffen einen Konflikt zwischen den beiden Verfassungsgütern. Wer die beiden Probleme nur vom Recht auf Leben her zu lösen versucht, kommt zwar zu klaren, aber extremen Lösungen[209], gerät jedoch bei der Todesstrafe und beim Einsatz des Lebens im Militärdienst in Schwierigkeiten[210].

---

[203] *G. Hug,* Persönliche Freiheit und besondere Gewaltverhältnisse, S. 51. Dasselbe Problem stellt sich — soweit das Amtsgeheimnis entfällt — beim Sozialarbeiter und beim Eheberater, alles Berufe, die kein Zeugnisverweigerungsrecht genießen. Der Richter hat hier die Menschenwürde dadurch zu wahren, daß er geringere öffentliche Interessen an der Wahrheitsfindung hinter überwiegende Geheimhaltungsinteressen zurückstellt.

[204] *H. Scholler,* Die Freiheit des Gewissens, S. 136.

[205] Ebd.

[206] Vgl. sogleich Ziffer 265.6 und hinten Ziffer 265.8.

[207] *P. Saladin,* Grundrechte im Wandel, S. 418.

[208] Ebd., S. 108. Hinzu kommen freilich Elemente der Persönlichkeit, die im Verhältnis unter Privaten nicht gefährdet scheinen oder deren Gefährdung dort rechtlich schwerer faßbar ist. Zu denken ist beispielsweise an die Sprachenfreiheit, die zur Wahrung von Würde und Persönlichkeit unerläßlich ist (vgl. ebd., S. 87).

[209] Vgl. *G. Hug,* Persönliche Freiheit und besondere Gewaltverhältnisse, S. 72 ff. und 74 ff.

[210] *G. Hug* (S. 140 ff.) untersucht nicht, inwiefern der postulierte absolute

Dem absoluten Lebensschutz, der leicht einem quantitativen Denken verfällt, stellt die Menschenwürde einen zwar letztlich relativen, aber dafür qualitativen Schutz menschlichen Lebens gegenüber. Passive Sterbehilfe wird dann gestattet sein, wenn sie den Verzicht auf eine künstliche Verlängerung des Lebens bedeutet, welche nur noch eine bloße Verzögerung des natürlichen Sterbens wäre. — Die Verweigerung eines würdigen Todes unter Vornahme schwerster Eingriffe in die körperliche Integrität ohne jede Aussicht auf Heilung kann nicht mehr Inhalt ärztlicher Pflichten sein[211]. Noch schwieriger erweist sich der Konflikt beim Schwangerschaftsabbruch, wenn man diesen überhaupt zum Rechtsproblem machen will[212]. Die Menschenwürde bringt dort ein Element in die Güterabwägung, das die Anerkennung der Autonomie und der Persönlichkeitsentfaltung der Schwangeren fordert und die Gewährleistung menschenwürdiger äußerer Entwicklungsbedingungen für das zu gebärende Kind voraussetzt.

265.6 Menschenwürde als Sozialrecht

Die postulierte Freiheit von Angst und Furcht betrifft nicht nur ein Problem des Gewissens und der Geheimsphäre. Angst befällt den Menschen in jeder Not, die seine Existenz als Person in Frage stellt[213]. Wo, wie im Recht der Bundesrekublik neben der Menschenwürde das Prinzip des sozialen Rechtsstaates anerkannt ist, obliegt dem Staat daher auch „die Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins, frei von Furcht und Not“[214], d. h. die Schaffung jenes Mindestmaßes an persönlicher Sicherheit und ökonomischem und sozialem Wohl, welches ein menschenwürdiges Dasein überhaupt gestattet.

Auch für die schweizerische Bundesverfassung gilt das Prinzip der Sozialstaatlichkeit. Textlich könnte es dem Zweckartikel, der die Beför-

---

Schutz des Lebens geeignet wäre, den Rechtfertigungsgrund der Notlage des Staates in Frage zu stellen. In letzter Konsequenz ist aber nicht einsichtig, warum das militärische Gewaltverhältnis das Recht auf Leben völlig aufzuheben imstande sein soll, wenn das Leben schlechthin als „fundamentalster Wert, als oberstes und allerwichtigstes Rechtsgut des Menschen“ verstanden wird (S. 16).

[211] Vgl. den Bericht der Kommission des Nationalrates vom 27. August 1975 zur parlamentarischen Initiative über die passive Sterbehilfe (BBl 1975 II 1344 ff.).

[212] Man muß sich nämlich fragen, ob das Verhältnis der Schwangeren zu ihrer Leibesfrucht überhaupt eine zwischenmenschliche Beziehung und damit Gegenstand der Rechtsordnung ist, und wenn ja, ob der Gewissenskonflikt der Schwangeren, den es zu entscheiden gilt, in objektiv faßbare, justiziable Entscheidungskriterien aufgeschlüsselt werden kann.

[213] So hat schon Präsident Roosewelt in seiner Botschaft an den Kongreß vom 6. 1. 1941 vier Freiheiten als Magna Charta für eine künftige Weltordnung bezeichnet, darunter die Freiheit von Not und die Freiheit von Furcht (vgl. *W. Kägi*, Die Menschenrechte, S. 36).

[214] *H. C. Nipperdey*, Die Würde des Menschen, S. 23.

derung der gemeinsamen Wohlfahrt der Eidgenossen zum Ziel erhebt[215], oder dem Artikel 31 bis Absatz 1 BV entnommen werden, der den Bund verpflichtet, seine verfassungsmäßigen Befugnisse „zur Mehrung der Wohlfahrt des Volkes und zur wirtschaftlichen Sicherung der Bürger" zu verwenden[216]. Während ein älteres Normenverständnis eine solche Wohlfahrtsklausel „als politische Zielformel und damit als Nicht-Rechtssatz" qualifizieren mußte[217], kann heutige Lehre sogar ohne Bezug auf eine bestimmte Textstelle die Sozialstaatsklausel „zu den Leitgrundsätzen unserer Bundesverfassung" zählen[218]. Denn der materielle Rechtsstaat ist stets zugleich auch sozialer Rechtsstaat, insoweit er auf eine staatlich zu verantwortende soziale Gerechtigkeit abzielt[219]. Der Grundsatz der Sozialverpflichtung des Staates muß heute dem ungeschriebenen Verfassungsrecht zugerechnet werden[220]. Er läßt sich auch als Ausprägung des Gleichheitssatzes verstehen[221]. Freilich wird ihm kein justiziabler, sondern vielmehr ein programmatischer Gehalt zugesprochen[222].

Zum selben Ergebnis kommt eine zeitgemäße Anwendung des Grundsatzes der Menschenwürde. Da sie alles staatliche Handeln verpflichtet, dient sie als Richtlinie bei der Ausübung der sozialstaatlichen Kompetenzen. Umgekehrt enthalten die Kompetenzbestimmungen ihrerseits einen materiellen Grundsatzgehalt, der auf die Menschenwürde zurückwirkt[223]. Diese erhält dadurch — wie alle übrigen Grundrechte —

---

[215] Art. 2 BV.

[216] *J. P. Müller* (Soziale Grundrechte, S. 775) legt dar, daß diese Klauseln noch besser als die Sozialstaatsklausel des Bonner Grundgesetzes geeignet sind, „die Aufgaben und Grenzen heutiger Sozialverpflichtung des Gemeinwesens zum Ausdruck zu bringen"; Wohlfahrt wird als Gemeinschaftswerk aller Eidgenossen nicht nur dem Staat, sondern auch den Bürgern als Glieder des Gemeinwesens anvertraut.

[217] So *W. Kägi* vor der Einfügung von Art. 31 bis zu Art. 2 BV (Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945/1971, S. 131).

[218] *P. Saladin,* Grundrechte im Wandel, S. 241. Die Anerkennung dieses ungeschriebenen Leitgrundsatzes läßt sich auf die gleiche Weise rechtfertigen, wie jene der ebenfalls ungeschriebenen Leitgrundsätze des Rechtsstaates oder der Gewaltenteilung: Eine Reihe verfassungsrechtlicher Bestimmungen deuten auf denselben gemeinsamen Grundgehalt (z. B. Art. 23 bis, Art. 27, 27ter ff., 31 bis, 31 quinquies, 34, 34 bis ff.).

[219] *L. Wildhaber,* Soziale Grundrechte, S. 372.

[220] *J. P. Müller,* Soziale Grundrechte, S. 898.

[221] *L. Wildhaber,* Soziale Grundrechte, S. 386.

[222] Ebd., S. 372; *J. P. Müller,* Soziale Grundrechte, S. 885. Dem ist soweit beizupflichten, als der Grundsatz für sich allein genommen wird. In Verbindung mit anderen Grundsätzen (z. B. der Menschenwürde und der Rechtsgleichheit) oder als Interpretationsrichtlinie kann die Sozialstaatlichkeit aber durchaus zu richterlichen Entscheidungsnormen konkretisiert werden (Vgl. das Recht auf Fürsorge oder auf Bildung). Maßgebend ist auch hier, wie weit dafür ein gefestigter (meist gesetzlicher) Deutungsrahmen vorliegt.

[223] Vgl. das vorne unter Ziffer 252 zum Verhältnis von Grundrechts- und Kompetenzordnung Gesagte.

eine sozialstaatliche Komponente. Danach muß der soziale Rechtsstaat dafür besorgt sein, daß alle Menschen ein menschenwürdiges Dasein führen können[224]. Ein Minimum an materieller Wohlfahrt[225], ein gewisser Grad von sozialer Sicherheit[226] ist Voraussetzung für ein Leben in Würde und für die Entfaltung der Persönlichkeit[227].

Solche Minimalstandards lassen sich jedoch nicht juristisch bestimmen, wenn der Gesetzgeber nicht genügend konkrete Anhaltspunkte liefert[228].

Genügend solche Entscheidungskriterien bestehen vor allem für die Anerkennung eines *Grundrechts auf Fürsorge,* wie es vom Grundsatz der Menschenwürde in erster Linie verlangt wird[229]. Das verpflichtete Gemeinwesen und die Höhe des einklagbaren Existenzminimums lassen sich anhand des geltenden Fürsorgerechts hinreichend bestimmen[230]. Freilich wird das Verfassungsgericht nicht jede noch so geringe Abweichung von dem ermittelten Minimalwert korrigieren können, sondern nur solche Unterstützungsbeiträge, welche in Abwägung aller Verhältnisse so wesentlich vom Richtwert abfallen, daß sie nicht mehr vertretbar erscheinen und als willkürlich bezeichnet werden müssen. Denn mit dem Willkürverbot ist die Grenze dessen erreicht, was dem Verfassungsrichter in der Gestaltung der Rechtsordnung, insbesondere der Sozialgestaltung, sachgerecht zugeordnet werden darf[231]. Willkür aber kann — das zeigt sich hier mit aller wünschbaren Deutlichkeit — nicht mehr rein formal als eine nicht mehr vertretbare Abweichung vom Gleichheitsgrundsatz verstanden werden; Willkür ist Verletzung der Menschenwürde, und die Kriterien der Bestimmung von Willkür sind den Anforderungen der Menschenwürde zu entnehmen[232].

Das *Recht auf eine Bildung,* die den Fähigkeiten und Bedürfnissen eines jeden voll entspricht, fehlt in der Schweiz[233]. Es wäre auch nur in

[224] *Th. Fleiner,* Recht und Gerechtigkeit, S. 56.

[225] *F. T. Wahlen,* Hochkonjunktur und Menschenwürde, S. 8.

[226] *W. Kägi,* Die Menschenrechte, S. 12.

[227] *L. Wildhaber,* Soziale Grundrechte, S. 373.

[228] *P. Saladin* (Grundrechte im Wandel, S. 359) weist darauf hin, daß im Bereich der Sozialgesetzgebung das „Angemessene" mit dem „Wünschbaren" zusammenfällt und daher nicht mehr nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip bestimmt werden kann: „Welche Arbeitszeit-, Feriendauer-, Mindestlohn-, Sozialversicherungsregelung zur Wahrung menschlicher Gesundheit und Würde unerläßlich ist, kann nicht mit der Genauigkeit abgeschätzt werden, die sich bei der Bestimmung des polizeilich Gebotenen durchaus erzielen läßt" (S. 358 f.).

[229] *J. P. Müller,* Soziale Grundrechte, S. 899; *L. Wildhaber,* Soziale Grundrechte, S. 390.

[230] *J. P. Müller* (Soziale Grundrechte, S. 897) nennt eine Reihe von Kriterien der Praxis und der Gesetzgebung zur Fürsorge.

[231] *J. P. Müller,* Soziale Grundrechte, S. 888 f.

[232] Vgl. vorne Ziffer 242.2 und hinten Ziffer 265.7.

[233] *P. Saladin,* Funktion der Grundrechte, S. 554.

beschränktem Umfang justiziabel[234], nämlich so weit, als aus der jeweils geltenden gesetzlichen Ordnung mit Hilfe des Gleichheitssatzes ein Anspruch auf gleiche Teilhabe an den Ausbildungseinrichtungen (und auf Schaffung gleicher Ausbildungschancen) abgeleitet werden kann[235]. Ein Recht auf Ausbildung könnte immerhin den Anspruch auf Zulassung zu bestimmten Schulen oder auf Ausrichtung eines Stipendiums beinhalten[236]. Während sich bereits heute von jeder öffentlichen Ausbildungsstätte der gleichberechtigte Zugang jedes bildungsfähigen Bewerbers auf der Grundlage von Artikel 4 BV erzwingen läßt, kann ein Anspruch auf Gewährung eines Stipendiums auf der Grundlage der geltenden Bundesverfassung nicht durchgesetzt werden. Im Unterschied zum Recht auf Fürsorge dürfte es schwerfallen, darzutun, wann die — nicht willkürliche — Verweigerung einer Unterstützung für die unentgeltliche Weiterbildung über den Primarschulunterricht hinaus die Menschenwürde des Bewerbers verletzt und wie hoch das Stipendium mindestens sein müßte[237].

Ein *Recht auf* eine menschenwürdige *Wohnung,* wie es sich aus der sozialstaatlichen Deutung der Menschenwürde und der Unverletzlichkeit der Wohnung ergibt, kann nur als Verfassungsprogramm[238], kaum aber als justiziables Individualrecht verstanden werden[239]. Soweit es juristisch erfaßt werden kann, fällt es mit dem Gesichtspunkt des Wohnbedürfnisses bei der Beurteilung des Rechts auf Fürsorge oder aber mit gesundheitspolizeilichen Überlegungen zusammen.

Dasselbe gilt für ein *Recht auf Arbeit,* soweit damit ein Anspruch auf Zuweisung eines angemessenen Arbeitsplatzes mit entsprechender Entlöhnung gemeint ist[240]. Hingegen kann der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde im Bereich des Arbeitsrechts durchaus zu praktischen Richtlinien konkretisiert werden. Ausgehend von der Idee des Arbeitsrechts, wonach die menschliche Arbeit eine besondere, über den Sachgütern stehende Äußerung der Persönlichkeit ist[241], läßt sich der Grundsatz formulieren, daß die Arbeitsbedingungen zumindest in all jenen Aspekten, die nicht produktionsbedingt sind, nach persönlich-

[234] Vgl. *J. P. Müller,* Soziale Grundrechte, S. 868 ff.

[235] Vgl. ebd., S. 871 und vorne Ziffer 252.

[236] *L. Wildhaber,* Soziale Grundrechte, S. 390: Ein Stipendium müßte eine entsprechende Vorbildung und den Nachweis genügender Begabung voraussetzen.

[237] Auch wenn die bestehenden Stipendienordnungen einige Anhaltspunkte liefern, so steht einer richterlichen Ermittlung des Rechts auf Ausbildungshilfe noch die Tatsache entgegen, daß der Verfassungsgeber dieses Recht am 4. März 1973 verworfen hat (vgl. Ziffer 252 hiervor).

[238] *J. P. Müller,* Soziale Grundrechte, S. 826 f.

[239] *L. Wildhaber,* Soziale Grundrechte, S. 390.

[240] *J. P. Müller,* Soziale Grundrechte, S. 857 ff.

[241] *H. C. Nipperdey,* Die Würde des Menschen, S. 23.

keitsorientierten Gesichtspunkten zu gestalten sind. Insbesondere ist die Beeinträchtigung der Menschenwürde etwa durch die Fließbandarbeit soweit zu vermindern oder zu kompensieren, daß die Freizeit dadurch nicht unnötig entleert wird[242].

265.7 Menschenwürde und Rechtsgleichheit

Die Menschenwürde schützt den einzelnen nicht nur dort, wo er als Handlungssubjekt auftritt und dort, wo er als Einzelperson gefährdet ist. Auf einer dritten Ebene gewährleistet sie ihm eine partnerschaftliche Gleichstellung seinen Mitmenschen gegenüber. Unter diesem Gesichtspunkt geht es nicht um absolute Rechtspositionen des einzelnen, sondern um angemessene Teilhabe: gerechte Verteilung jenes Maßes von Menschenwürde, das in der modernen Gesellschaft verwirklicht werden kann.

Für die Schweiz darf angenommen werden, daß sich der Schutz der Persönlichkeit so weit in die materiellen Voraussetzungen menschenwürdigen Lebens fortsetzt, daß jedem Bürger eine minimale soziale Sicherheit durch Verfassung und Gesetz garantiert erscheint[243]. Unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit gilt es nun zu fragen, ob die Rechtsordnung auch *hinreichenden Schutz vor menschenunwürdigen Abhängigkeitsverhältnissen* gewährt[244].

Die Frage läßt sich dann bejahen, wenn die Rechtsgleichheit konsequent auf den Grundsatz der Menschenwürde bezogen wird[245]. Dann heißt Gleichheit nicht nur formal: Gleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte, sondern material: Gleichheit der Individuen in ihrer Würde als Menschen[246]. Die Menschenwürde wird zum Wertmaßstab rechtlicher Gleichbehandlung. Wo eine innere Beziehung des Rechtsverhältnisses zur Menschenwürde besteht, bestimmt diese, „was als wesentlich Gleiches anzuerkennen und folglich absolut gleich zu behandeln ist“[247].

Juristisch entscheidbar ist diese Gleichheit in der Würde wiederum nur in der Beschränkung auf das Willkürverbot. Dieses jedoch nimmt den materiellen Gehalt der Menschenwürde in sich auf: Willkür wird zur Verletzung der Menschenwürde. „Von staatlicher Seite geduldete

---

[242] Vgl. *F. T. Wahlen,* Hochkonjunktur und Menschenwürde, S. 17.

[243] So *P. Saladin,* Funktion der Grundrechte, S. 554.

[244] *P. Saladin* bejaht diese Frage (ebd.).

[245] *F. Münch* (Die Menschenwürde als Grundforderung unserer Verfassung, Bonn 1952, S. 8) versteht die Menschenwürde „als Obersatz, als höhere Schutzbestimmung für die Gleichheit“.

[246] *H. Willke,* Grundrechtstheorie, S. 233.

[247] *G. Dürig,* Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, S. 143.

oder selbst ausgeübte ‚Willkür' bedeutet auf Seiten des Menschen, daß er staatlichem Tun oder Unterlassen als Objekt ausgeliefert ist[248]."

Jene Minimalstandards, die genügend bestimmbar sind, um im sozialen Rechtsstaat zu justiziablen Grundrechten erhoben zu werden, lassen sich daher ebenso gut als materiales Willkürverbot auffassen. „Sie sichern dem einzelnen dasjenige Minimum an sozialer Gerechtigkeit und wirtschaftlicher Sicherheit zu, dessen er um seiner Menschenwürde willen bedarf[249]."

Das Willkürverbot dient so auf doppelte Weise dem Schutz der Menschenwürde: Wo in der Sache die Menschenwürde berührt wird, gilt jede juristisch faßbare Abweichung von der Gleichheit in der Würde als Willkür. Darüber hinaus ist in jedem Falle Willkür dort gegeben, wo die Menschenwürde als Garantie der Subjektqualität des Bürgers verletzt ist[250].

Jenseits des justiziabel Gesicherten heißt Gleichheit in der Würde vorwiegend *Chancengleichheit*[251]. Der Sozialstaat wird verpflichtet, den Gehalt des Gleichheitssatzes zu verdichten und die Verzerrungen in den sozialen Ausgangspositionen möglichst zu beseitigen[252].

Die Verpflichtung des Staates zur Chancenverbesserung[253] beginnt beim justiziablen Grundsatz der Waffengleichheit der Parteien im Prozeßrecht, führt über das Armenrecht hinaus zur echten Chancengleichheit unter Armen und Reichen, die gegeneinander um ihr Recht kämpfen[254], bis zur Beseitigung von wirtschaftlichen und sozialen Hindernissen oder Machtstellungen, die der wirtschaftlichen Entfaltung des einzelnen entgegenstehen[255], und zum Abbau von Abhängigkeiten in den verschiedensten Gebieten[256].

Die Aufgabe der Chancenverbesserung beinhaltet somit jene des *Herrschaftsabbaus:* Um die Chancen des einzelnen zu erhöhen, müssen

---

[248] Ebd., S. 143 f. Vgl. *K. Hesse,* Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR 77 (1951/52) Tübingen, S. 167 ff., 202 f.: Die Ausrichtung auf die Menschenwürde verleiht der formalen Rechtsgleichheit den materialen Gehalt der Gerechtigkeit (S. 203 f.).

[249] *L. Wildhaber,* Soziale Grundrechte, S. 381.

[250] Das ist stets dann gegeben, wenn die Behörde ihre Entscheidung ohne rational einsehbaren Grund trifft und damit den Bürger als vernünftigen Partner mißachtet (vgl. vorne Ziffer 242.2 und 265.6).

[251] *Th. Fleiner,* Recht und Gerechtigkeit, S. 94; *L. Wildhaber,* Soziale Grundrechte, S. 386.

[252] *L. Wildhaber,* Soziale Grundrechte, S. 386.

[253] Ebd., S. 387.

[254] *Th. Fleiner,* Recht und Gerechtigkeit, S. 70.

[255] *F. Gygi,* Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, ZSR 89 II (1970), S. 265 ff., 352.

[256] *J. P. Müller,* Soziale Grundrechte, S. 921.

Aufstiegswege geöffnet und verfestigte Machtpositionen relativiert werden.

Wo die „Ausräumung privater Macht" durch den Zivilrichter auf der Grundlage des geltenden Rechts nicht hinreicht, wird der Gesetzgeber verpflichtet[257]. Dabei verlangt gerade die Menschenwürde, daß der einzelne nicht nur seiner Chance und Leistungsfähigkeit überantwortet werde, sondern daß nach dem Grundsatz der Solidarität ein Ausgleich zwischen Starken und Schwachen geschaffen werde[258]. In diesem Sinne fordert Chancengleichheit auch ein Mindestmaß sozialer Gleichheit, Abbau ökonomischer Ungleichheit[259] und konkrete Förderungsmaßnahmen, positive Hilfen zur Entfaltung der beruflichen und wirtschaftlichen Möglichkeiten des einzelnen[260].

265.8 Die Würde der Gesellschaft

„Wir haben die materiellen Grundlagen zu einem Leben in Menschenwürde geschaffen und verstehen dieses Leben nicht zu leben. Wir verfügen über die Mittel, die uns die Freiheit geben könnten, und lassen uns durch sie knechten. Wir meistern die Technik und machen uns doch zu ihrem Sklaven[261]."

Die Entwicklung der Schweiz als moderner Industriegesellschaft ist so weit fortgeschritten, daß die Möglichkeiten der Verwirklichung von Menschenwürde kaum mehr durch ursprüngliche Abhängigkeiten des Menschen von der Natur beschränkt werden. *Technik* wird immer häufiger nicht mehr unter ihrem Nutzen als Mittel zur Lebensbewältigung gewürdigt, sondern als Gefahr, die es zu bewältigen gilt, um menschenwürdig leben zu können[262]. Es geht darum, die Technik, deren „Sachzwänge" den Menschen zum bloßen Mittel herabwürdigen, wieder auf den ihr zukommenden Platz als Dienerin des Menschen zu verweisen[263].

Die besondere Gefahr der technologischen Entwicklung liegt darin, daß sie fast unmerklich eine immer wirksamere Herrschaft des Menschen über den Menschen vermittels der Naturbeherrschung mit sich bringt[264]. Die Herrschaft der Technik wird nicht als politische Machtausübung empfunden, sondern vielmehr als notwendige Unterwerfung

---

[257] *F. Gygi,* Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, S. 352.

[258] *Th. Fleiner,* Recht und Gerechtigkeit, S. 94.

[259] *F. Gygi,* Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, S. 353.

[260] *J. P. Müller,* Soziale Grundrechte, S. 921; *F. Gygi* (Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, S. 352) spricht von der „Überwindung ökonomischer Insuffizienzen". Dabei ist solche Hilfe stets als „Hilfe zur Selbsthilfe" gemeint (vgl. *H. Willke,* Grundrechtstheorie, S. 239).

[261] *F. T. Wahlen,* Hochkonjunktur und Menschenwürde, S. 11.

[262] *R. F. Behrendt,* Menschenwürde als Problem der sozialen Wirklichkeit, S. 47.

[263] *F. T. Wahlen,* Hochkonjunktur und Menschenwürde, S. 13.

[264] *H. Marcuse,* Der eindimensionale Mensch, S. 173.

unter den technischen Apparat. Die technologische Rationalität dient damit zugleich der Rationalisierung der Unfreiheit des Menschen. „Technologische Rationalität schützt auf diese Weise eher die Rechtmäßigkeit von Herrschaft, als daß sie sie abschafft, und der instrumentalistische Horizont der Vernunft eröffnet sich zu einer auf rationale Art totalitären Gesellschaft[265]." Die fortschreitende Technokratie bedroht die Würde der Gesellschaft insgesamt.

Eine zweite Gefahr für die Menschenwürde liegt im Wachstum der *Bürokratie* als Form „rationaler" Herrschaft oder Machtorganisation, welche der technologischen Entwicklung durch Arbeitsteilung, Spezialisierung, wissenschaftliche Planung, Überwachung und Erfolgskontrolle menschlicher Tätigkeiten entspricht[266].

Eine Verletzung der Menschenwürde kann nach R. F. Behrendt in folgenden Auswirkungen der Bürokratisierung erblickt werden: in der Einbuße an Möglichkeiten zu spontanem Verhalten und autonomen Entscheidungen von Individuen und Kleingruppen in der „verwalteten Welt"; in der Entpersönlichung von Entscheidungen, die gleichsam automatisch aufgrund allgemeiner Normen und oft ohne Berücksichtigung individueller, einmaliger Gegebenheiten getroffen werden; in der wachsenden Überwachbarkeit der Mehrheit, die der Kontrolle durch die relativ wenigen „Fachleute" ausgesetzt ist; und schließlich in der entsprechend wachsenden Unkontrollierbarkeit der Bürokraten selbst[267].

Technokratie verletzt die Menschenwürde, indem sie den Menschen zum bloßen Mittel macht, ihn in Abhängigkeit und Unfreiheit versetzt und ihm die Möglichkeit nimmt, die Ziele und Mittel der Gemeinschaft öffentlich und politisch rational zu bestimmen.

Bürokratie verletzt die Menschenwürde, indem sie den Bürokraten zum bloßen Funktionär, Rollenträger[268] und den Bürger zum Objekt macht, ihn in Subjektivität und Partizipation beschneidet und ihn unter Ausschluß demokratischer Teilnahme und Kontrolle bevormundet.

Die technologische Entwicklung hat aber nicht nur in Technokratie und Bürokratie Gefahren für die Menschenwürde geschaffen; sie hat auch die bisherige Verwirklichung der Menschenwürde in wesentlichen Teilen ermöglicht: Zum ersten Mal in der menschlichen Erfahrung nä-

[265] Ebd.

[266] *R. F. Behrendt,* Menschenwürde als Problem der sozialen Wirklichkeit, S. 35.

[267] Ebd., S. 36 - 38.

[268] Rollen bilden zwar grundsätzlich geschützte Entfaltungsfelder der Person, können aber deren Würde gefährden, weil sie die Möglichkeiten der Selbstdarstellung beschränken und den Rollenträger der Fremdbestimmung unterwerfen. „In der Rolle wird das Ich partiell entmündigt, indem es zu Darstellungen angehalten wird, deren Ersetzbarkeit in Routine symbolisiert sind" (*B. Giese,* Das Würde-Konzept, S. 64).

hern wir uns einer gesellschaftlichen Situation, in der die Menschen ihre Energie nicht mehr ausschließlich der Erlangung eines Minimums von elementaren Lebensgütern widmen müssen[269], in der vielmehr grundsätzlich unbegrenzte Wohlfahrt geschaffen werden kann[270].

Wird jedoch gerade über diese Möglichkeiten in unwürdiger, technokratischer oder bürokratischer Weise entschieden, so sind schwerwiegende Fehlentscheide und Auswüchse unvermeidlich. Lärmimmission und Naturverschandelung sind noch relativ harmlose Beispiele aus der Gegenwart[271], die bis zur Störung des natürlichen Gleichgewichts auf der Erde oder zur Vernichtung des Lebens darauf erweitert werden können. Das menschliche Leben ist in seiner Gesamtheit planbar und veränderbar geworden. Damit ist dem Menschen die Verfügung über die Qualität seines Lebens anheimgestellt worden.

Unter *Lebensqualität* kann das Maß verstanden werden, „in dem die Erfordernisse des Überlebens, der vollen Entwicklung und des Wohlbefindens jedes Menschen ihrer Wichtigkeit entsprechend erfüllt sind"[272]. Nach der einen Ansicht läßt sich der Grad verwirklichter Lebensqualität durch eine Bedürfnisanalyse aufgrund einer Dringlichkeitsordnung und unter Berücksichtigung der Zahl der Bedürfnisträger wissenschaftlich bestimmen[273]; danach sind die Erfordernisse des Überlebens die wichtigsten, gefolgt von den Bedürfnissen der Entwicklung und schließlich jenen des Wohlbefindens[274]. Wird jedoch mit einer anderen Ansicht unter Lebensqualität die Verwirklichung eines „guten", menschenwürdigen Lebens verstanden, so muß diese Gewichtung der Faktoren der Lebensqualität in Frage gestellt werden. „Dann ist bloßes Überleben ein weder an erster noch an letzter Stelle anstrebbares gesondertes Ziel. Gegen die scheinbar wertneutrale Gewichtung von Elementen der Lebensqualität muß eine der ganzheitlichen Weise menschlichen Lebens und Erlebens gemäße Struktrierung gesetzt werden[275]." Dazu dürfte der Grundsatz der Menschenwürde wesentliche Kriterien abgeben: Selbstbestimmung, Solidarität, Partizipation und Persönlichkeitsschutz sind Richtlinien für eine humane Gestaltung der

---

[269] *R. F. Behrendt,* Menschenwürde als Problem der sozialen Wirklichkeit, S. 17.

[270] Ebd., S. 18.

[271] Vgl. *F. T. Wahlen,* Hochkonjunktur und Menschenwürde, S. 14 f.

[272] *W. Bodmer,* Faktoren der Lebensqualität und Strategien ihrer Verbesserung, Jahrbuch der Neuen Helvetischen Gesellschaft 1975, S. 90.

[273] Ebd., S. 91.

[274] Ebd.

[275] *H. Holzhey,* Philosophisch-anthropologische Überlegungen zum Problem der Lebensqualität, Jahrbuch der N. H. G. 1975, S. 184 ff., 191; vgl. *R. Schnyder von Wartensee,* Qualität des Lebens: Mythos oder Chance? ebd., S. 14 ff., 23 ff.

Wirtschaft, Technik, Erziehung, Gesellschaft und der künstlichen und natürlichen Umwelt[276].

Letztlich erfordert die Unterordnung der modernen Mittel der Lebensbewältigung unter die Ziele menschenwürdigen Lebens umfassende planerische Eingriffe des Staates. Zur Diskussion steht ein Gleichgewichtsauftrag des Staates, der sich auf Forderungen der MIT-Studie des Club of Rome stützen läßt[277]. Im Gegensatz zu den heutigen „Feuerwehrmaßnahmen" punktuellen Charakters[278] würde danach der Staat einen umfassenden und tiefgreifenden Interventionsauftrag zur Beschränkung des ungehinderten Kapital- und Bevölkerungswachstums erhalten[279]. Unter diesen Verhältnissen müßte sich auch das herkömmliche Grundrechtsverständnis völlig wandeln. Das Individuum würde sich wesentlich enger in die staatliche und überstaatliche Schicksalsgemeinschaft eingebunden sehen; anderseits müßten gewisse Bereiche individueller Freiheit um so entschiedener geschützt werden[280]. Besondere Probleme würde die Förderung der Partizipation an der staatlichen Willensbildung eines solchen Gemeinwesens bieten. Beklemmend wirkt die Frage, ob „unter Umständen jedenfalls die direkt- oder halbdirekt-demokratische Staatsform auf dem Altar des menschlichen — menschenwürdigen — Überlebens geopfert werden" müßte[281]: Hier wird der Teilgehalt der Menschenwürde als Persönlichkeitsschutz gegen den Teilgehalt als Mitgestaltungsrecht ausgespielt.

Das Problem der menschenwürdigen Gestaltung der Zukunft der Menschheit ist jedenfalls damit erst angeschnitten, aber noch keineswegs einer Lösung zugeführt.

265.9 Ausblick

Mit *Richard Behrendt* darf davon ausgegangen werden, daß heute der Lebensbereich, in welchem die Zusammenarbeit mit dem Mitmenschen als für einen selbst förderlich, ja unentbehrlich erfahren wird, in raschem Wachstum begriffen ist. Damit werden immer mehr Beziehungen von solchen zwischen Befehlenden und Gehorchenden zu solchen zwischen Partnern, die freiwillig, im Einklang mit beidseitig bewußten Interessen zusammenarbeiten[282]. „Damit aber wird die Vorstellung der

---

[276] Das sind die Faktoren der Lebensqualität nach *W. Bodmer* (S. 94 f.).

[277] Vgl. *P. Saladin,* Wachstumsbegrenzung als Staatsaufgabe (Festschrift für U. Scheuner, Berlin 1973, S. 541 ff., 549 ff.).

[278] Ebd., S. 546.

[279] Ebd., S. 550.

[280] Ebd., S. 559.

[281] Ebd., S. 560.

[282] *R. F. Behrendt,* Menschenwürde als Problem der sozialen Wirklichkeit, S. 18.

Menschenwürde zum ersten Mal aus einer Utopie zu einer grundsätzlich realisierbaren gesellschaftspolitischen Leitidee[283]." Im Lichte dieser ermutigenden Aussicht fällt jedoch der weitverbreitete Mangel an wirklichem Willen zur individuellen Freiheit auf[284]: Menschen lassen sich widerstandslos manipulieren, „gleichschalten" und unterordnen; sie akzeptieren oder wollen sogar diese ihre Unmündigkeit und verzichten so auf ihre Menschenwürde — ein Akt der Selbstentwürdigung[285].

„Verfassungsmäßige Proklamationen der Menschenwürde sind lediglich ein erster Schritt auf dem langen Weg zu gesellschaftlicher Mündigkeit, der nur durch gemeinsame, selbstverantwortliche Bemühungen aller gebahnt und beschritten werden kann. Fähigkeit zur Menschenwürde kann nur experimentell erprobt und erlernt werden. Dafür aber ist die weltanschaulich begründete und ständig konkret bekundete Überzeugung von ihrer Berechtigung und Notwendigkeit unerläßlich. Davon sind wir aber noch weit entfernt. Wir stehen vielmehr heute in einem für viele verwirrenden Gegeneinander von Menschenwürde fördernden und hemmenden Kräften. Letztlich hängt es von *uns* ab, ob die heutige Forderung nach Menschenwürde sich als ein gescheiterter Anlauf, eine kurze Episode oder als erstes Stadium einer neuen menschlichen Kulturphase, derjenigen der humanen Gesellschaft, erweisen wird[286]."

[283] Ebd., S. 18 f.
[284] Ebd., S. 29.
[285] Ebd., S. 21.
[286] Ebd., S. 64.

3 Kritische Wertung von Praxis und Lehre zur Menschenwürde anhand ihres Programmgehalts

Ziel der vorliegenden Untersuchung ist es, anhand der Praxis und der Lehre Grundsätze zu entwickeln, die als Richtschnur für das Maß möglicher Verwirklichung von Menschenwürde in der Schweiz dienen können.

Solche Richtlinien stellen nach dem hier vertretenen Normenverständnis Grundsätze mittleren Bestimmtheitsgrades dar, die sich sowohl als Konkretisierungen des Leitbildes der Menschenwürde als auch als normative Teilgehalte konkreter Rechtsregeln erweisen müssen. Sie sollen es erlauben, zwischen Leitbild und einzelnem Rechtssatz zu vermitteln. Sie unterliegen daher einerseits der Überprüfung auf ihre Übereinstimmung mit dem Leitbild, anderseits müssen sie sich in die übrige Rechtsordnung einfügen lassen und fähig sein, Gesichtspunkte für die praktische Entscheidung des Richters, Beamten oder Gesetzgebers im konkreten Fall abzugeben.

Zur Bestimmung dieser Grundsatzgehalte der Menschenwürde auf mittlerer Stufe sollen im folgenden vorerst die Ergebnisse aus der Praxis des Bundesgerichts und der politischen Bundesbehörden sowie die hauptsächlichsten Forderungen der rechtswissenschaftlichen Lehre zusammengestellt werden (Ziffer 31). Sodann sind diese Ergebnisse und Forderungen im Lichte des Leitbildes der Menschenwürde kritisch zu sichten und zu werten (Ziffer 32). Auf der Grundlage dieser Gegenüberstellung sollen die gesuchten Grundsätze formuliert werden (Ziffer 33). Schließlich ist anhand von Beispielen aufzuzeigen, wie aus diesen Grundsätzen für Gesetzgebung und Rechtsanwendung Richtlinien für die Entscheidung im Einzelfall abgeleitet werden können (Ziffer 34).

31 Der Gehalt der Menschenwürde in Praxis und Lehre (Zusammenfassung der Ergebnisse des zweiten Teils)

311 Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts

Wie sich gezeigt hat[1], läßt sich der Gehalt des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde nach der Praxis des Bundesgerichts nicht vollständig bestimmen, ohne daß das Grundrechtsverständnis dieses Ge-

[1] Vgl. vorne Ziffer 226.

richts einer Kritik unterzogen wird. Solange nicht gesichert ist, daß das Bundesgericht selber einem neuen Grundrechtsverständnis folgen wird, müssen daher zwei Varianten des Gehalts der Menschenwürde auseinandergehalten werden: Die eine beschränkt sich auf jene Ansprüche, die das Gericht tatsächlich aus der Menschenwürde abgeleitet hat, die andere erstreckt sich auf alle Grundsätze, die sich der Gerichtspraxis nach dem hier vertretenen Normenverständnis entnehmen lassen.

311.1 Rechtsansprüche aus der Menschenwürde

Für das Bundesgericht kennzeichnet die Menschenwürde eine Wertordnung, die den Eigenwert des Individuums hochhält. Daraus leitet das Gericht ab, daß die Behörden den einzelnen nie zum bloßen Objekt herabwürdigen dürfen, sondern ihn stets als Subjekt, als Person achten müssen. Insbesondere hat der einzelne Anspruch auf Mitwirkung am Entscheid über sein Schicksal im Rahmen des rechtlichen Gehörs.

Ferner gewährt die Menschenwürde über das Grundrecht der persönlichen Freiheit einen umfassenden Schutz elementarer Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung. Dazu gehört ein Mindestmaß an körperlicher Bewegung und freier Betätigung sowie an sozialem Kontakt. Die Befähigung des Menschen zur Vernunft, sein Informationsbedürfnis, sein Glaube und seine Gefühlswelt sind zu achten, ebenso der Wert seiner Arbeit[2].

Das Bundesgericht spricht zwar davon, daß Menschenwürde und persönliche Freiheit auf Inhalt und Umfang der übrigen verfassungsmäßig gewährleisteten Freiheitsrechte einwirken, doch hat es bisher diese Ausstrahlung nie konkret zur Geltung gebracht[3].

311.2 Der Gehalt des Verfassungsgrundsatzes

Nach einem ganzheitlichen Grundrechtsverständnis kann der Gehalt des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde aus der Praxis des Bundesgerichts umfassender bestimmt werden, als das Gericht es selber tut. Danach beinhaltet der Grundsatz die verfahrensrechtliche Garantie der Subjektqualität des Betroffenen, ein Mindestmaß persönlicher Entfaltungsfreiheit, Elemente eines öffentlich-rechtlichen Persönlichkeitsschutzes und Kriterien eines Verbots von Machtmißbrauch; hinzu kommen andeutungsweise die Topoi der Autonomie des Individuums, der Kommunikation und der Transparenz der Verhältnisse, sowie die Bedeutung von Intimbereich, Lebensraum und Teilhabe an mitmenschlicher Gemeinschaft für den Menschen und der Vorrang der Person vor

[2] Vgl. vorne Ziffer 213.

[3] Vgl. vorne die Ziffern 214 und 226.

dem Sachwert, ferner der Grundsatz der persönlichkeitsbezogenen Grundrechtsinterpretation[4].

Die wohlverstandene Ausstrahlung der Menschenwürde auf andere Grundrechte muß darüber hinaus aber auch jene Rechte erfassen, die Artikel 4 BV zugeordnet werden: Im Lichte der Menschenwürde verdichtet sich das materielle Willkürverbot zum subsidiären Schutz sämtlicher Entfaltungsbereiche des Menschen vor besonders krassen Mißachtungen; materielle Willkür liegt immer dann vor, wenn ein behördlicher Akt die Person des Betroffenen in ihrem Anspruch auf Achtung als vernunftbegabter Partner der Behörden verletzt. Sodann wird die Menschenwürde zum absoluten Wertmaßstab für die Bestimmung des Bereichs, in welchem Rechtsgleichheit unterschiedslose Gleichbehandlung der Menschen fordert, sowie zum Kriterium der Gleichheit der Entfaltungschancen[5].

312 Die Praxis der politischen Bundesbehörden

Der Gehalt des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde, wie er anhand der Rechtsprechung des Bundesgerichts entwickelt werden kann, wird durch die Praxis von Bundesrat und Bundesversammlung teils bestätigt, teils ergänzt: Dabei läßt sich diese Praxis freilich nicht zu einer Definition des Grundsatzgehalts der Menschenwürde verdichten; vielmehr ergeben sich daraus bloß Gesichtspunkte, welche die richterliche Bestimmung des Gehalts der Menschenwürde bereichern:

Vorab stellt die politische Praxis klar, daß der Staat nicht Menschenwürde selbst, sondern nur die Voraussetzungen ihrer Verwirklichung zu gewährleisten und zu schaffen hat. Persönliche Entfaltung bedingt Wissen und setzt somit Ausbildung des einzelnen einerseits, Transparenz der Lebensverhältnisse anderseits voraus. Hinzu kommt das Recht auf Partizipation, auf Teilhabe an der Bestimmung des Schicksals seiner eigenen Person wie seiner Gesellschaft auf der Grundlage seines Wissens. Zu den gesellschaftlichen Voraussetzungen der Persönlichkeitsentfaltung gehören sodann die Chancengleichheit, die den Abbau wirtschaftlicher Ungleichheiten und die Aufhebung entfaltungshemmender Abhängigkeiten fordert, und die Solidarität, die einem jeden den Existenzbedarf sichert und die gemeinsame Überwindung von Not, Elend und Armut anstrebt.

Die politische Praxis verweist immer wieder auf die gegenseitige Abhängigkeit, die zwischen der persönlichen Entfaltung des einzelnen und der Entwicklung der Gesellschaft besteht; während aber in der Regel die Entfaltung des einzelnen sich an den vorgegebenen Rahmen

[4] Vgl. vorne Ziffer 241.1.
[5] Vgl. vorne Ziffer 242.2.

der gesellschaftlichen Entwicklung halten muß, den er alleine nur wenig erweitern kann, kehrt sich neuerdings dieses Verhältnis unter dem Gesichtspunkt der Lebensqualität um: Die gesellschaftliche Entwicklung soll nun an die Rahmenbedingungen menschenwürdiger Existenz auf dieser Erde gebunden werden[6].

313 Der Gehalt der Menschenwürde in der rechtswissenschaftlichen Lehre

Die Forderungen der Wissenschaft können nicht in demselben Maße zur Bestimmung dessen herbeigezogen werden, was heute in der Schweiz als Rechtsnorm der Menschenwürde gilt, wie die Praxis des Bundesgerichts und der politischen Bundesbehörden. Mangels rechtlicher Verbindlichkeit können Lehrmeinungen nur als Interpretationshilfen und als Anstöße zur Weiterentwicklung des Gehalts des Verfassungsgrundsatzes durch die zuständigen Behörden dienen. Als solche können sie aber auch zum Verständnis der Praxis dieser Behörden beitragen.

Von den Forderungen der Lehre verdienen vor allem die folgenden hier nochmals in Erinnerung gerufen zu werden[7]:

Menschenwürde und Demokratie sind unmittelbar aufeinander zu beziehen, weil sie sich gegenseitig bedingen. Menschenwürde fordert ein umfassendes Demokratieverständnis, das über die Grenzen politischer Strukturen hinaus auf Wirtschaft und Gesellschaft einwirkt. Sie ruft überall nach Schaffung angemessener Partizipationsverfahren für alle Betroffenen.

Menschenwürde erfaßt neben der geistigen auch die soziale und ökonomische Existenz des Menschen. Sie begründet ein Recht auf Fürsorge und verpflichtet den Staat zur Chancenverbesserung und zum Abbau von Abhängigkeiten aller Art. Sie postuliert die persönliche Sicherheit und die Freiheit von Angst.

Menschenwürde ist ferner ein Verfahrensprinzip, das einen zivilisierten Kommunikationsstil fordert. Sie gibt beispielsweise dem Richter, dessen Verfahrensherrschaft die Würde des Beschuldigten bedroht, die Verantwortung für die Wahrung der Würde der Beteiligten und verpflichtet ihn zu Fairneß und Takt.

Zusammenfassend gewährleistet die Menschenwürde nach der Lehre die Achtung vor dem Menschen auf vierfache Weise: Als Garantie der Subjektqualität umfaßt sie die Mitwirkungsrechte vor Gericht und die Partizipationsansprüche in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft; als öf-

---

[6] Vgl. vorne Ziffer 254.

[7] Vgl. vorne Ziffer 26.

fentlich-rechtlicher Persönlichkeitsschutz erfaßt sie die Intim- und Privatsphäre, die Freiheit von Angst und die sozialen Garantien menschenwürdiger Existenz; als Gleichheit in der Würde enthält sie das Willkürverbot, das Prinzip der Chancengleichheit und die Forderung nach Herrschaftsabbau; als Würde der Gesellschaft verlangt sie die Humanisierung von Technik und Bürokratie und die Förderung der Lebensqualität.

Als Leitbild dient in der Lehre etwa die größtmögliche und gleichberechtigte individuale Freiheit und Sicherheit eines jeden, die freie Gemeinschaft freier Menschen oder die gesellschaftliche Mündigkeit schlechthin.

32 Würdigung des geltenden Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde aus der Sicht des Leitbildes

Im ersten Teil der Arbeit ist versucht worden, im Anschluß an die Ausführungen der kritischen Theorie, wie sie von Jürgen Habermas vertreten wird, den programmatischen Gehalt der Menschenwürde zu umschreiben. Dieser erwies sich als *Gebot zur Wahrung und Mehrung von Gleichheit und Freiheit, als Auftrag zur Erziehung zur Mündigkeit und zur Verminderung von staatlichem und gesellschaftlichem Zwang*[1].

Elemente dieses Leitbildes haben sich im Verlauf der Untersuchung vielfach in Umschreibungen der Praxis und der Lehre auffinden lassen. Von seiner vollen Verwirklichung ist jedoch die Rechtswirklichkeit weit entfernt. Eine kritische Würdigung des Ergebnisses der Untersuchung muß daher nach den Widerständen fragen, die der Verwirklichung des Leitbildes im Wege stehen und versuchen, dabei zwischen echten Grundinteressen und überflüssigen Zwängen zu unterscheiden[2].

321 Gesellschaftliche Interessen, die mit der Menschenwürde im Konflikt stehen

Das Maß möglicher Verwirklichung von Menschenwürde wird durch den Entwicklungsstand der Gesellschaft und den Grad ihrer Herrschaft über die Natur bestimmt[3]. Jene Zwänge, die unter diesen Bedingungen für das Überleben und die Fortentwicklung der Gesellschaft notwendig sind, lassen sich auch unter dem Leitbild der Menschenwürde rechtfertigen.

Ließe sich mit einiger Genauigkeit angeben, welches der Entwicklungsstand der schweizerischen Gesellschaft ist und welche Zwänge für

---

[1] Vorne Ziffer 142.4.

[2] Vgl. vorne die Ziffern 125, 132.52, 132.54 und 141.22.

[3] Vgl. vorne Ziffer 132.54.

ihr Überleben und für ihre Entwicklung in Richtung auf das Zielbild der Menschenwürde notwendig sind, so müßte es möglich sein, anzugeben, welches Maß von Menschenwürde hier und heute bereits verwirklicht werden kann.

Nun liegt es auf der Hand, daß die Ermittlung der objektiven Rahmenbedingungen der Verwirklichung von Menschenwürde eine gewaltige sozialwissenschaftliche Anstrengung erfordern würde. Auch die kritische Theorie ist bisher nicht in der Lage gewesen, ihre eigene Forderung zu erfüllen[4]. Die Komplexität des gesamtgesellschaftlichen Systems macht es bereits beinahe unmöglich, die Gesamtheit der notwendigen und hinreichenden Bedingungen des bloßen Überlebens des Systems auszumachen. Noch schwieriger dürfte es sein, anzugeben, welche Opfer heute für die Entwicklung zu einer mündigen Gesellschaft unerläßlich sind.

An die Stelle sozialwissenschaftlicher Ermittlung der Rahmenbedingungen für die Verwirklichung von Menschenwürde muß daher teilweise ihre politische Festsetzung treten, die sich weniger durch objektive Wahrheit als durch ein freies, demokratisches Verfahren legitimiert, das seine Ergebnisse aus offener und rationaler Diskussion unter Beteiligung aller Betroffenen gewinnt[5]. Obwohl es wünschbar wäre, das objektiv Mögliche vom politisch Gewollten klar auszusondern, wird man hinnehmen müssen, daß sich der politische Prozeß unter den Bedingungen relativer Unwissenheit auf der Grundlage von Vermutungen und plausiblen Behauptungen abspielt.

Unter diesen einschränkenden Bedingungen dürfte es statthaft sein, die Interessen, mit denen die Menschenwürde in Konflikt kommt, nicht mit sozialwissenschaftlichen, sondern mit juristischen Methoden zu ermitteln. Denn die objektiven Rahmenbedingungen und die anerkennenswerten Interessen, die der vollen Verwirklichung der Menschenwürde entgegenstehen, gehen notwendigerweise in den juristischen Abwägungsprozeß ein, sei es als rechtserhebliche Umstände, sei es als anerkannte Verfassungsrechtsgüter.

Juristisches Denken ist sich gewohnt, Konflikte eines Grundrechts mit anderen Rechtsgütern unter dem Schema von entgegengesetzten privaten und öffentlichen Interessen zu untersuchen. Das Grundrechtsinteresse gilt dabei als privates Interesse; das entgegenstehende wird als öffentliches Interesse verstanden. Auf der Suche nach legitimen

---

[4] Vgl. *J. Habermas*, Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, S. 18, 19 ff., 178 ff., 194; *derselbe* und *Niklas Luhmann*, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie — Was leistet die Systemforschung?, Frankfurt 1971, S. 270 ff.

[5] Vgl. *R. Behrendt*, Menschenwürde als Problem der sozialen Wirklichkeit, S. 24.

Gesellschaftsinteressen, welche Beschränkungen der Menschenwürde rechtfertigen können, wird der Jurist somit vor allem nach Verfassungsrechtsgütern fragen, die im öffentlichen Interesse der Menschenwürde fragen, die im öffentlichen Interesse der Menschenwürde gegenüberstehen können. Er wird sich dabei auf die Verfassung und die Praxis der zuständigen Behörden stützen können. Er darf jedoch nicht übersehen, daß zum einen auch die Wahrung der Menschenwürde im öffentlichen Interesse liegt und daß zum andern es oft private Interessen sind, die sich der Menschenwürde des einzelnen entgegenstellen können.

Im *Bereich des justiziablen Grundrechtsgehalts der Menschenwürde* fallen die Verfassungsrechtsgüter, die in die Abwägung einbezogen werden müssen, mit jenen zusammen, die dem Grundrecht der persönlichen Freiheit und den Verfahrensrechten des einzelnen gegenüberstehen. Es sind dies vor allem die polizeilichen Schutzgüter, die von der allgemeinen Polizeiklausel erfaßt werden: die *öffentliche Ruhe, Ordnung, Sicherheit, Sittlichkeit und Gesundheit*[6].

Von besonderer Bedeutung für die Menschenwürde ist dabei jedoch die *kriminalpolitische Staatsaufgabe.* Das Strafverfolgungsinteresse des Staates liegt einerseits im Schutz der Bürger und ihrer Rechte begründet, anderseits bedroht es die Würde derer, gegen welche es sich richtet. Der größte Teil der Gerichtsfälle, zu denen der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde Entscheidungskriterien beizutragen vermag, betrifft denn auch die Strafverfolgung und den damit zusammenhängenden Freiheitsentzug. Das Recht als Friedensordnung ist — zumindest unter heutigen Gesellschaftsbedingungen — auf die Zwangsmaßnahmen des Strafverfahrens und der Bestrafung angewiesen. Flucht- und Kollusionsgefahr lassen sich oft nicht anders abwenden als durch die Verhaftung des Verdächtigten. Das Interesse an der Wahrheitsfindung kann Untersuchungshandlungen rechtfertigen, die wie die Telefonabhörung und die gerichtliche Expertise, das Verhör und die Zeugeneinvernahme Würde und Persönlichkeit des Betroffenen beeinträchtigen können. Ebenso unabdingbar ist die Verfahrensherrschaft der Untersuchungsbeamten und Richter, auch wenn dadurch die Würde des Beschuldigten bedroht wird. Schließlich bedingt die Verantwortung als Korrelat der Freiheit des einzelnen, daß deren Mißbrauch zu Lasten der Mitmenschen die Konsequenz der Strafe nach sich ziehe. Der Grundsatz der Menschenwürde verlangt jedoch, daß dem Fehlbaren mit Fairneß und Takt begegnet wird und der Strafvollzug so gestaltet ist, daß der Verurteilte seine Verantwortung in Würde tragen und daran persönlich reifen kann. Das Interesse an einer praktikablen An-

[6] Vgl. BGE 92 I 24 ff., 30 E. 5; 97 I 839 ff., 842.

staltsordnung darf daher z. B. die Menschenwürde nur soweit beeinträchtigen, als es die angestrebte Persönlichkeitsentfaltung gestattet. Dies bedeutet beispielsweise, daß die Reglementierung des Anstaltsbetriebes den Sträfling nicht der Möglichkeit berauben darf, selbstverantwortlich zu handeln; ferner ist jedem Insassen ein Recht auf Aus- und Weiterbildung zu gewähren.

Die Menschenwürde tritt als Individualrecht aber auch noch anderen als polizeilichen Rechtsgütern gegenüber: Ihr Schutz findet an *anderen Grundrechten* eine Grenze. Wo die Verfassung dem einzelnen eine Freiheit gewährt, kann der Staat zum Schutz der Würde der Mitmenschen nur so weit eingreifen, als die Freiheit mißbraucht wird.

Beispielsweise begründet die Handels- und Gewerbefreiheit ein Wirtschaftssystem des *freien Wettbewerbs,* das in seinen Auswirkungen für zahlreiche Bürger schwerste Beeinträchtigungen der persönlichen Entfaltung bedeuten kann. Das Gemeinwesen darf jedoch den Konkurrenten wie den Arbeitnehmer nur dort in Schutz nehmen, wo der Wettbewerb verzerrt wird oder sozial-politische Aufgaben eine Korrektur der Wirtschaftsfreiheit erfordern. Der Richter ist auf die Korrektur von Mißbräuchen beschränkt.

In ähnlicher Weise kann sich die *Pressefreiheit* gegen die Menschenwürde stellen. Die Privatsphäre, die der einzelne als persönlichen Lebensraum benötigt, kann in tiefgreifender Weise gestört werden, wenn sich die Massenmedien, insbesondere der Sensationsjournalismus um seine Person zu interessieren beginnen. Dies vor allem dann, wenn Anlaß dazu nicht die soziale oder politische Stellung des Betroffenen ist, sondern ein persönliches Ereignis, etwa eine strafrechtliche Verdächtigung. Die Anerkennung der bedeutsamen Aufgabe der Presse für den demokratischen Prozeß verwehrt es aber dem Staat und insbesondere dem Richter, mehr zu tun als die Würde des Betroffenen gegen den Mißbrauch der Pressefreiheit zu schützen.

Als legitime Grenzen des Würdeschutzes erweisen sich auch *Grundsätze der staatlichen Organisation* wie die Gewaltenteilung und der Föderalismus. Jedenfalls stellen diese Prinzipien funktionelle Grenzen für das Bundesgericht dar, das einerseits nicht in den Aufgabenbereich des Gesetzgebers eingreifen darf, anderseits auf die politische Autonomie der Kantone Rücksicht nehmen muß. Dadurch ergeben sich Einschränkungen der richterlichen Überprüfungsbefugnis, die den Schutz der Menschenwürde schmälern können.

Im *Bereich des Grundsatzgehaltes der Menschenwürde,* der nicht oder nur beschränkt justiziabel ist, sind die gesellschaftlichen Interes-

sen, die sich der Verwirklichung von Menschenwürde entgegenstellen, mannigfach[7].

Volkswirtschaftliche Gegebenheiten begrenzen die Verwirklichung von Menschenwürde als soziales Grundrecht. Der *Stand der wirtschaftlichen Leistungskraft* setzt der sozialstaatlichen Existenzsicherung und Beihilfe oberste Grenzen. Verwirklichung von Menschenwürde setzt hier die Steigerung der Leistungsfähigkeit der Gemeinschaft voraus. Wie weit bei gegebenem Entwicklungsstand soziale Menschenwürde verwirklicht werden kann, hängt von der politischen Durchsetzungskraft des Solidaritätsgedankens ab.

Wirtschaftliche Gegebenheiten beeinflussen auch die Menschenwürde am Arbeitsplatz. Der moderne *arbeitsteilige Produktionsprozeß* schafft Arbeitsbedingungen, unter welchen dem Werktätigen die Herrschaft über sein Arbeitsergebnis weitgehend entzogen ist. Die Eingliederung in den Produktionsprozeß führt zudem zu Abhängigkeitsverhältnissen, welche die Entfaltung des einzelnen beeinträchtigen. Die Aufteilung der Arbeit in verantwortliche Leitung und untergeordnete Ausführung ist zumindest teilweise eine sachliche Notwendigkeit. Diese wird durch die zunehmende Industrialisierung der Produktion verstärkt. Die technische Rationalität des Arbeitsablaufs setzt der Mitgestaltungsfreiheit der Beteiligten Grenzen, die in der „Natur der Sache" liegen. Der Partizipationsanspruch, der aus der Menschenwürde folgt, muß insofern zurücktreten, als es produktionsbedingte Verhältnisse erfordern. Er hat jedoch volle Geltung, soweit andere Rahmenbedingungen oder die Zielsetzung der Produktion insgesamt in Frage stehen. Das Postulat der Einheit der Unternehmensführung kann nur beschränkt als objektive Grenze möglicher Partizipation ausgewiesen werden. Zum guten Teil steht hier ein Konflikt der Menschenwürde mit dem Recht auf Eigentum an den Produktionsmitteln auf dem Spiel, der politisch zu entscheiden ist.

Die *wissenschaftliche und technische Entwicklung* der modernen Gesellschaft führt aber auch außerhalb des Arbeitsverhältnisses zu Lebensbedingungen, welche der Verwirklichung von Menschenwürde abträglich sein können. Die fortschreitende Industrialisierung und das Wachstum der künstlichen Umwelt bringen neben vielen Annehmlichkeiten auch ein wachsendes Entfremdungsgefühl, eine Verunsicherung des Menschen, der kaum mehr in der Lage ist, die Veränderung seiner Welt geistig zu bewältigen. Diese Kulturlücke — das Nachhinken der kulturellen Entfaltung hinter der technologischen Entwicklung — schafft Angst und bedroht die Fähigkeit des einzelnen wie der Gesell-

[7] Sie lassen sich jedoch kaum mehr juristisch fassen. Die Rechtsgüterabwägung wird daher im folgenden auf den metajuristischen Bereich übertragen (vgl. vorne Ziffer 141.12).

schaft zu echter Selbstbestimmung. Die Menschenwürde steht hier zum Teil einer wirtschaftlichen Notwendigkeit, zum Teil aber auch einer herrschenden Geisteshaltung gegenüber, die dem Forschungs- und Herrschaftsdrang des Menschen der Natur gegenüber freien Lauf läßt. Die Emanzipation der menschlichen Persönlichkeit sieht sich durch die übermäßige Entwicklung ihrer primären Voraussetzung, der Emanzipation des Menschen von den Zwängen der äußeren Natur, gehemmt. Das Maß, in welchem sich der Mensch aus dieser Verstrickung zu lösen vermag, hängt von der Reife der politischen und gesellschaftlichen Strukturen ab.

Die *Reife der politischen Strukturen* bestimmt das politisch mögliche Maß der Verwirklichung von Menschenwürde. Das Leitbild der mündigen Gesellschaft freier und gleichberechtigter Menschen liefert als Kriterium dieser Reife den Grad verwirklichter Partizipation der Betroffenen und die Transparenz und Rationalität der demokratischen Entscheidungsprozesse. Legitime Schranken, welche die Erfüllung dieser Kriterien behindern, liegen vor allem in der Notwendigkeit, innert nützlicher Frist *praktisch durchsetzbare politische Entscheidungen* zu treffen. Dies bedingt die Organisation der beteiligten Interessen zu handlungsfähigen Parteien, die Institutionalisierung öffentlicher Funktionen im Staat und die Schaffung entscheidungsorientierter Verfahren. Bei zunehmender Komplexität der politischen Probleme wächst dabei das Bedürfnis nach Arbeitsteilung, Spezialisierung, wissenschaftlicher Planung, Überwachung und Erfolgskontrolle. Der politische Prozeß muß daher notwendigerweise durch bürokratische Strukturen getragen werden. Soweit diese unentbehrlich sind, ist es legitim, daß sie im erforderlichen Umfang Partizipation und Transparenz einschränken und die Rationalität der öffentlichen Diskussion durch jene der Sachlogik ersetzen.

Ein gewichtiges Hemmnis politischer Reife liegt ferner in der *nationalen Begrenzung* der politischen, rechtlichen und gesellschaftlichen Ordnung. Solange das Verhältnis der Nationen zueinander jenem selbstsüchtiger Individuen nachgebildet bleibt und Friedensordnung und Solidarität die nationalen Grenzen nur beschränkt zu überschreiten vermögen, ist die Würde der Menschheit insgesamt prekär. Die Verletzungen menschlicher Persönlichkeit beginnen mit der Diskriminierung der Ausländer in der nationalen Gesellschaft und Rechtsordnung und reichen über die wirtschaftliche Ausnützung des Entwicklungsgefälles unter den Nationen bis zur Massenvernichtung von Menschenleben im Krieg.

Die Überwindung politischer Unreife hängt nun aber ihrerseits wesentlich vom *Grad gesellschaftlicher Reife* ab. Die politische Würde des Menschen bedingt seine Erziehung zur Mündigkeit. In dem Maß, wie

diese fehlt, sind Herrschaft, Zwang und sogar bloße Gewalt unentbehrliche Bestandteile des Zusammenlebens. Polizeigewalt und andere Formen behördlicher Zwangsvollstreckung sind soweit unerläßlich, als dem Menschen die Fähigkeit abgeht, seine Angelegenheiten mit den Mitmenschen in herrschaftsfreier Kommunikation zu regeln. Aber auch die Verwirklichung eines höheren Maßes von Menschenwürde kann den Einsatz von staatlicher Gewalt erfordern: Zur Wahrung und Hebung der Lebensqualität sind umfassende planerische Eingriffe des Staates in individuelle Freiheiten notwendig. Unter einem gegebenen Entwicklungsstand gesellschaftlicher Reife ist staatliche Macht ebenso Voraussetzung wie Schranke der Verwirklichung von Menschenwürde.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß zur Bestimmung des heute möglichen Maßes von Menschenwürde die folgenden Rechtsgüter oder Gesichtspunkte als einschränkende Bedingungen anerkannt werden müssen:

Die sogenannten klassischen Polizeigüter der öffentlichen Ruhe und Ordnung, Sicherheit, Sittlichkeit und Gesundheit, sowie die Strafgewalt des Staates erfordern tiefgreifende Einschränkungen der menschlichen Würde.

Gesellschaftspolitische Grundentscheidungen schaffen Spannungsverhältnisse zwischen der Menschenwürde und der Eigentumsordnung, der freien Wirtschaft und der öffentlichen Aufgabe der Presse.

Der Stand der wirtschaftlichen Entwicklung begrenzt die Möglichkeiten sozialer Menschenwürde; die Notwendigkeit der wissenschaftlichen und technischen Entwicklung führt zu produktionsbedingten Arbeitsverhältnissen und zu einem Mindestmaß technologischer Rationalität, dem die Menschenwürde als Partizipationsanspruch zu weichen hat.

Der Stand der politischen Reife setzt dem demokratischen Anspruch der Menschenwürde gewisse Grenzen, die sich in den Erfordernissen einer praktikablen politischen Organisation und eines schlüssigen Verfahrens sowie ihrer bürokratischen Abstützung äußern; die nationale Begrenzung der politischen, rechtlichen und gesellschaftlichen Ordnung beschränkt die Wirkungskraft der Menschenwürde und gefährdet ihren Bestand als Würde der Menschheit.

Der Stand der gesellschaftlichen Reife schließlich rechtfertigt bei relativer Unmündigkeit der Menschen das Fortdauern zahlreicher Herrschaftsstrukturen und bedingt ein gewisses Maß gesellschaftlichen und staatlichen Zwangs. Beispiele dafür sind Polizeigewalt und staatliche Planung.

322 Überflüssige Hindernisse bei der Verwirklichung von Menschenwürde

Wenn im aufgezeigten Rahmen Einschränkungen der Menschenwürde grundsätzlich gerechtfertigt werden können, so heißt das nicht, daß dies in beliebigem Umfang möglich sei. Vielmehr gilt auch auf dieser Stufe der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit[8]: Die Beeinträchtigungen der Menschenwürde müssen in vollem Umfang aus den anerkannten Rechtsgütern oder Interessen begründbar sein und dürfen das erforderliche Maß nicht übersteigen; ferner müssen sie im Rahmen der Güterabwägung leichter wiegen als der Verzicht auf die Wahrung jener Güter oder Interessen. Ist ein Ausgleich möglich, der auf befriedigende Weise die wichtigsten Teile der widerstreitenden Grundsätze zur Geltung zu bringen vermag, so muß er an die Stelle der vollständigen Erfüllung der einen Forderung zu Lasten der andern treten.

Diese Grundsätze ergeben eine Reihe von Hinweisen zur Bestimmung von ungerechtfertigten Verletzungen des Grundsatzgehaltes der Menschenwürde:

Offensichtlich im Widerspruch zum Gebot der Verhältnismäßigkeit steht jeder *Machtmißbrauch*. Dieser kann als Einsatz von Machtmitteln umschrieben werden, der sich nicht in vollem Umfang aus einem rechtlich anerkannten Interesse begründen läßt. Machtmißbrauch erscheint nun als Durchsetzung von Interessen, die sich nicht auf eine grundsätzliche Ebene verallgemeinern lassen oder auf dieser Ebene in der Güterabwägung offensichtlich nicht zu bestehen vermögen. Als Beispiele dienen hier etwa kartellistische Auswüchse, aber auch schikanöse Anstaltsordnungen, die eine unnötige Herabsetzung der Insassen bedeuten.

Die *Ausnützung bestehender Machtgefälle* braucht zwar nicht mißbräuchlich zu sein. Sie stellt jedoch einen ungerechtfertigten Widerstand gegen mögliche Chancenverbesserung dar, wenn das ihr zugrundeliegende Interesse der Güterabwägung nicht standhält. So muß das ökonomische Interesse des Vermieters an der Ausnützung gestörter Marktverhältnisse vor dem persönlichen Interesse des Mieters an der Wohnung als Lebensstätte zurücktreten; die faktische Verletzung der Waffengleichheit zwischen reichen und armen Parteien muß im rechtsstaatlichen Verfahren kompensiert werden; die Arbeit der Insassen einer Strafanstalt ist angemessen zu entlöhnen.

Technokratie und Bürokratie sind auf jenen Bereich zu beschränken, der ihnen aus sachlichen und praktischen Gründen zusteht. Innerhalb dieses Feldes muß die ihnen eigene Form der Rationalität stets der Bewährung in der Diskussion der Betroffenen ausgesetzt werden; sie

---

[8] Vgl. vorne Ziffer 233.2.

gilt nur soweit, als sie dabei vor anderen grundsätzlichen Interessen Bestand hat. Auch im Gefängnis vermag daher das Interesse an einer praktikablen Ordnung und Organisation der Anstalt das Recht der Insassen auf freie Arztwahl kaum völlig zu beseitigen[9].

Praktikabilitätsinteressen haben grundsätzlich dienende Stellung und vermögen auf der grundsätzlichen Ebene entgegenstehende Güter nie zu überwiegen, sie können nur unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit Geltung erlangen. Prozeßökonomische Erwägungen, die Arbeitslast der Behörden, der finanzielle Aufwand für Gefängnisgebäude und der Personalbedarf der Anstaltsverwaltung sind Gesichtspunkte, die grundsätzlich nicht geeignet sind, die Grundrechtsgeltung einzuschränken. Den Gesetzgeber und den Inhaber der Finanzgewalt trifft die Pflicht, die institutionellen Vorkehren für die volle Grundrechtsverwirklichung zu treffen.

Einschränkende Kompetenzausübung durch die Behörden dient ebenfalls keinem Interesse, das einer Güterabwägung standhalten könnte. So verletzt der Gesetzgeber seine Pflicht zur Grundrechtsverwirklichung, wenn er die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde enger umschreibt, als nötig, oder wenn er eine Entscheidung ins freie Ermessen der Behörden legt, wo die Grundrechtsordnung eine klare Umschreibung der Voraussetzungen fordert und diese möglich ist. — Unter diesem Gesichtspunkt ist auch das Fehlen der Verfassungsgerichtsbarkeit im Bund eine Beeinträchtigung der Grundrechte.

Auch der Richter verletzt die Grundrechtsordnung, wenn er den Umfang seiner Überprüfungsbefugnis nicht ausschöpft, eine enge Praxis zur Beschwerdelegitimation einführt oder überspitzten Formalismus betreibt.

Schließlich lassen sich *dogmatische Restriktionen* der Grundrechtsgehalte auf der grundsätzlichen Ebene kaum je rechtfertigen. Zu den unhaltbaren Beschränkungen zählt die Lehre von der reinen Staatsgerichtetheit und vom Abwehrcharakter der Grundrechte, die methodische Isolation der Grundrechte voneinander und das Fehlen einer differenzierten Abwägung des öffentlichen Interesses oder die dogmatische Festlegung der Rechtsschutzrichtung einer Norm, die der Ableitung von Rechtsansprüchen aus objektivem Recht entgegensteht.

323 Mängel der heutigen Praxis zur Menschenwürde

Aufgrund der angeführten Kriterien zu anerkennenswerten Beschränkungen und überflüssigen Hindernissen läßt sich nun beurteilen, wo aus der Sicht des Leitbildes der Menschenwürde die behebbaren

[9] Anders das Bundesgericht im Entscheid 102 I a 302 ff., 305.

Schwächen der heutigen Praxis liegen. Dabei geht es nicht um die Kritik an den verantwortlichen Behörden (die oft durch übergeordnete Rechtssätze gebunden sind), sondern darum, anzudeuten, welche grundsätzlichen Möglichkeiten der Verwirklichung von Menschenwürde offen stehen.

323.1 Zur Praxis des Bundesgerichts

Das Bundesgericht schützt die Menschenwürde vor allem in ihrem Gehalt als Gewährleistung der körperlichen und geistigen Integrität sowie der elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung. Zwar zählt das Gericht dazu auch das Recht auf Information und Kommunikation, doch gewährt es dabei den Praktikabilitätsinteressen der Anstaltsverwaltung einen Vorrang, der ihnen aus der Sicht des Leitbildes nicht zukommen kann[10].

Das Gericht verkürzt den Wirkungsbereich der Menschenwürde, indem es ihr in der Praxis die versprochene Grundsatzwirkung auf die übrigen Grundrechte versagt und den Grundrechtsschutz zahlreichen dogmatischen Einschränkungen unterwirft[11].

Unter Verkürzung des Abwägungsprozesses verschließt es sich der Möglichkeit, den Grundsatz der Menschenwürde zu einem umfassenden öffentlich-rechtlichen Persönlichkeitsschutz auszugestalten, indem es darauf verweist, daß dessen einseitige Durchsetzung zu untragbaren Ergebnissen führen müßte[12].

Auch der Grundsatz der persönlichkeitsbezogenen Grundrechtsinterpretation vermag sich — etwa bei der Bestimmung des Verhältnisses der Grundrechte zueinander — nicht in dem Maße durchzusetzen, wie die Menschenwürde es verlangen würde[13].

Einer dogmatischen Restriktion entspringt die qualifizierende Unterscheidung von formeller und materieller Willkür, die der letzteren den Bezug auf die Menschenwürde abspricht. Zwar anerkennt das Gericht die Vernunft als Grundlage zwischenmenschlicher Beziehungen, doch zieht es daraus nicht die Konsequenz, dem einzelnen einen Anspruch auf vernünftiges, willkürfreies Handeln der Behörden zu gewähren. Entsprechend unterläßt es das Gericht auch, das materielle Willkürverbot zur Schutznorm der Menschenwürde auszugestalten, die den einzelnen in allen Entfaltungsbereichen seiner Persönlichkeit vor besonders krassen Mißachtungen schützen würde[14].

---

[10] Vgl. vorne Ziffer 213.

[11] Vgl. vorne Ziffer 22, besonders 226.

[12] BGE 100 I a 189 ff., 194 f.

[13] Vgl. vorne Ziffer 222.

[14] Vgl. vorne Ziffer 225, besonders 225.4.

Auch dem Gleichheitssatz fehlt in der neueren Rechtssprechung des Bundesgerichts die rechtsfortbildende Kraft, weil die Kriterien der Gleichsetzung nicht mehr neu überdacht und auf grundsätzliche Werte ausgerichtet werden. Demgegenüber ist zu fordern, daß die Bestimmung dessen, was als rechtserheblich Gleiches zu werten ist, nach Maßgabe der Grundsatzgehalte der Menschenwürde erfolgt[15].

Zwar bemüht sich das Bundesgericht, dem einzelnen die Freiheit vor unnötigem behördlichem Zwang zu gewährleisten; im übrigen aber verzichtet es darauf, Herrschaft von Menschen über Menschen auf ihre Vereinbarkeit mit der grundsätzlichen Gleichheit in der Würde zu hinterfragen. Dem Gleichheitssatz wird dadurch eine wesentliche zukunftsweisende Perspektive genommen[16].

Entsprechend wohnt dem Gleichheitssatz in der neueren Praxis des Bundesgerichts auch keinerlei Tendenz zur Chancenverbesserung bei ungleicher Ausgangslage mehr inne. Über das längst gewährte prozessuale Armenrecht hinaus hat das Gericht den Gleichheitssatz kaum mehr für die Verwirklichung faktischer prozessualer Waffengleichheit nutzbar gemacht.

Ebenso wird dem Gleichheitssatz als Diskriminierungsverbot jener objektive Gehalt, den ihm die Menschenwürde verleiht, weggenommen, wenn die ungleiche Behandlung gleicher Fälle vor Gericht nur dann gerügt werden darf, wenn sie von derselben Behörde ausgeht[17]. Die Gleichheit in der Würde macht jedoch vor den Grenzen der Behördenorganisation und der föderalistischen Gliederung des Staates nicht Halt. Sie verlangt, daß in der gesamten schweizerischen Rechtsordnung ein Mindestmaß gleicher Würde gewährleistet wird und darüber hinaus eine angemessene Differenzierung der Fälle nach Maßgabe der Kriterien der Menschenwürde stattfindet.

Wenn das Bundesgericht die Menschenwürde nicht zur Grundlage der Rechtsgleichheit macht, so läßt es sie noch weniger Quelle eigentlicher sozialer Ansprüche sein. Zwar schließt das Gericht in den Grundrechten die Garantie faktischer Voraussetzungen ihrer Ausübung ein[18], doch hat es bisher aus der Menschenwürde noch nie ein Recht auf Fürsorge abgeleitet. Ein solches aber könnte sich durchaus als justiziabel erweisen.

Schließlich läßt das Gericht bisher die Ausstrahlungen der Menschenwürde auf das Privatrecht nicht voll zur Geltung kommen. Dadurch bleibt jener Teilgehalt des Verfassungsgrundsatzes, der das Prinzip

[15] Vgl. vorne die Ziffern 242.2 und 265.7.

[16] Vgl. vorne Ziffer 265.7.

[17] Vgl. BGE 90 I 1 ff., 8; 99 I a 236 ff., 244.

[18] Vgl. BGE 90 I 29 ff., 36.

der Solidarität mit dem Mitmenschen errichtet, der Gerichtspraxis weitgehend verschlossen. Ein umfassendes Verständnis des Grundsatzes der Menschenwürde aber verpflichtet nicht nur den Staat zur Fürsorge für seine schwachen Bürger; es verlangt auch vom Privaten über die Wahrung von Treu und Glauben hinaus die Wahrung mitmenschlicher Solidarität. Die Menschenwürde äußert sich im Privatrecht sowohl in der Privatautonomie als auch im Solidaritätsprinzip.

323.2 Zur Praxis der politischen Bundesbehörden

Die Praxis von Bundesrat und Bundesversammlung zur Menschenwürde ist bruchstückhaft. Da und dort werden allgemeine Grundsätze aufgestellt, an anderer Stelle jedoch sogleich wieder verlassen.

Der Grundsatz möglichster Transparenz gilt zwar etwa im Bereich der Bildung und der Arbeit, kaum aber im Bereich der Bundesverwaltung, wo die Bürokratie grundsätzlich im Vertraulichen arbeitet und das Informationsrecht der Parlamentarier und der Öffentlichkeit nach Richtlinien des Bundesrates stark eingeschränkt ist[19].

Der Grundsatz der Partizipation wird in der Demokratie hochgehalten, im Bereich der Wirtschaft aber hat er sich als Mitbestimmung der Arbeitnehmer bisher nicht durchzusetzen vermocht. Der Bundesrat lehnt die „Demokratisierung" der Gesellschaft, wie sie aus dem umfassenden Demokratieverständnis, das die Menschenwürde fordert, folgen müßte, sogar ausdrücklich ab[20]. Aber auch im Bereich der Planung und der gestaltenden Verwaltung fehlt die Förderung neuer Partizipationshilfen. Die Einführung eines eidgenössischen Ombudsmannes beispielsweise wurde lange Zeit immer wieder verschoben, obwohl sie schon längst zugesichert worden war[21].

Die zentrale Bedeutung von Wissen und Ausbildung für die Entfaltung der Persönlichkeit ist zwar unbestritten; dennoch verwehren die Kantone dem Bund die erforderliche Kompetenz zu einer umfassenden Bildungspolitik, die dazu beitragen könnte, die großen Rückstände vieler Kantone zu beheben und die Bildungschancen aller einander anzugleichen.

---

[19] Vgl. z. B. die Weisungen des Bundesrates über Auskünfte, Akteneinsichtgewährung und Aktenherausgabe an die Mitglieder der eidgenössischen Räte, an die parlamentarischen Kommissionen und an die Parlamentsdienste (vom 29. Oktober 1975), BBl 1975 II 2155 ff.

[20] Vgl. die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesbeschlusses betreffend das Volksbegehren über die Mitbestimmung und einen Gegenvorschlag (vom 22. August 1973), BBl 1973 II 237 ff., 407 f.

[21] Auf Druck einer parlamentarischen Initiative ist das Rechtsetzungsverfahren nun wieder aufgenommen worden.

Der Grundsatz der Chancengleichheit ist anerkannt, soweit er sich als Diskriminierungsverbot oder im Rahmen wirtschafts- und sozialpolitischer Aufgaben an den Staat richtet; im außerstaatlichen Bereich aber werden dennoch große Ungleichheiten geduldet, die nicht durch die Autonomie und Leistung des einzelnen, sondern durch überkommene gesellschaftliche Strukturen geschaffen werden.

Auch die Gleichheit der Würde aller Menschen wird grundsätzlich anerkannt; dennoch gilt sie konkret nur für Schweizerbürger. Die Diskriminierung der Ausländer auf der bloßen Grundlage ihrer Staatsangehörigkeit wird fortgesetzt[22]. Solange die Erneuerung der Aufenthaltsbewilligung ins freie Ermessen der Behörden gelegt ist, kann nicht einmal in Fragen von existentieller Bedeutung (wie Arbeit, Wohnung, Familie und Kindererziehung) von einer irgendwie rechtlich gesicherten Stellung des Ausländers gesprochen werden.

Das Solidaritätsprinzip wird in den Bereichen der Sozialversicherung hochgehalten; darüber hinaus vermag es aber wenig zum Abbau gesellschaftlicher und ökonomischer Abhängigkeiten beizutragen. Im Arbeitsrecht, aber auch in anderen Gebieten des Privatrechts wäre es berufen, ein Gegengewicht zu Partikularinteressen und Gruppensolidaritäten zu bilden.

Die persönliche Sicherheit und die Freiheit von Angst als Voraussetzungen der persönlichen Freiheit werden nur zum Teil gewährleistet. Während ihre ökonomische Seite verhältnismäßig gut geschützt ist, nimmt die kulturelle Verunsicherung eher zu. Das Gemeinwesen beschränkt sich in der Regel auf den meist erfolglosen Versuch, Mißstände zu bekämpfen, die als Symptome dieser Verunsicherung gewertet werden können: Alkoholismus, Drogensucht, Kriminalität, Terrorismus. Da und dort wird versucht, die Verunsicherung durch einen verstärkten Persönlichkeitsschutz zu mildern. Dieser Schutz vermag heute vor allem den modernen technischen Gefährdungen von Privatsphäre und Persönlichkeitsbild nicht zu genügen. Mit Gesetzen über die amtliche Telefonüberwachung und die Kontrolle der Datenbanken, die Angaben zur Person speichern, sollen hier Lücken geschlossen werden. Aber auch die mangelnde Teilnahme der Bürger am staatlichen Geschehen und das Mißtrauen gegenüber den Behörden oder die Angst vor Atomkraftwerken sind unter dem Gesichtspunkt dieser Verunsicherung zu würdigen.

Insgesamt wird dem Gebot der Humanisierung von Technik und Bürokratie nicht in dem Maße nachgelebt, wie es die Wahrung menschlicher Würde in der modernen Gesellschaft erfordert. Dies zeigt sich an

[22] Vgl. den Entwurf für ein neues Ausländergesetz vom 24. März 1976 (Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement).

der mangelhaften Verwirklichung von Transparenz und Partizipation sowie an der bruchstückhaften Gewährleistung der persönlichen Sicherheit und der Freiheit von Angst.

Die Förderung der Lebensqualität ist zwar als Leitbild anerkannt, doch warten hier noch große Aufgaben. Die Gefahren, welche die künstliche Umwelt für den Menschen bedeutet, sind erst kürzlich erkannt worden und können noch kaum wirksam bekämpft werden. Die Opfer und die sozialen Kosten des Verkehrs rufen nach einer Neuorientierung der Verkehrspolitik, die ungelösten Konflikte um die Kernkraftwerke erfordern eine weitsichtige Gesamtenergiekonzeption, die Zerstörung der natürlichen Umwelt verlangt eine umfassende Raumplanung und einen wirksamen Umweltschutz, die Gesetzmäßigkeiten der kapitalistischen Marktwirtschaft bedürfen der Korrektur durch staatliche Wachstumsplanung und Konsumentenschutz.

323.3 Zusammenfassung

Die Schwächen der Praxis zur Menschenwürde lassen sich insgesamt wie folgt skizzieren:

Das Bundesgericht beschränkt den Gehalt des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde vor allem über ein einengendes Grundrechtsverständnis und über dogmatische Restriktionen. Dazu gehört auch das weitgehend formale Verständnis der Rechtsgleichheit und der Umstand, daß das Gericht die Menschenwürde nicht als soziales Grundrecht ausgestaltet und das Prinzip der Solidarität nicht für das Privatrecht fruchtbar macht. Daneben fällt ins Gewicht, daß das Bundesgericht aus allgemeiner Zurückhaltung dem Gesichtspunkt der Praktikabilität große Bedeutung zumißt.

In der Praxis der politischen Bundesbehörden werden zwar die meisten Teilgehalte der Menschenwürde als Grundsätze anerkannt, jedoch nicht konsequent angewendet. Zum Teil scheitert diese Praxis an der Grenze des politisch Möglichen, d. h. an der politischen und gesellschaftlichen Unreife des Landes. In diesem Sinne anerkannt, aber nur teilweise verwirklicht sind die Grundsätze der Transparenz und der Partizipation, welche Ausbildung und Wissen voraussetzen, ferner das Prinzip der Chancengleichheit, die Gleichheit in der Würde, die Solidarität und die Lebensqualität. Abgelehnt wird vom Bundesrat die Demokratisierung der Gesellschaft und damit jenes umfassende Demokratieverständnis, welches die Menschenwürde fordert. Das Recht auf persönliche Sicherheit und die Freiheit von Angst werden nur bruchstückhaft, nicht aber grundsätzlich anerkannt; damit erhält auch das Gebot der Humanisierung von Technik und Bürokratie nicht die Bedeutung, welche ihm vom Standpunkt der Leitidee der Menschenwürde her zuzumessen ist.

33 Das heute mögliche Maß von Menschenwürde

Der Versuch, Grundsätze zur Menschenwürde zu entwickeln, darf sich nicht damit begnügen, jene Hindernisse aufzuzeigen, die aus der Sicht des Leitbildes überflüssig sind, und jene Mängel der geltenden Praxis aufzuzählen, die sich als solche Hindernisse erweisen. Vielmehr muß versucht werden, im Spannungsfeld anerkennenswerter gesellschaftlicher Interessen und überflüssiger Hindernisse jene Teilgehalte der Menschenwürde aufzudecken, die heute als Grundsätze Geltung erlangen können.

Dabei ist erneut von jenem Leitbild der Menschenwürde auszugehen, das der gesamten Untersuchung als Vorverständnis gedient hat. An diesem Leitbild ist die heute geltende Praxis so weit ins Grundsätzliche zu heben, wie dies mit den anerkannten Grundwertungen und den objektiven Verhältnissen in der Schweiz vereinbar ist.

331 Die Konkretisierung des Leitbildes

Leitidee der Würde des Menschen ist das utopische Bild der freien, mündigen Person in einer Gemeinschaft freier und gleichberechtigter Menschen, deren Mitglieder ihr Zusammenleben in herrschaftsfreier Verständigung zu ordnen wissen[1]. Das zugehörige Gesellschaftsbild ist die „freie Gemeinschaft freier Menschen"[2], das ursprüngliche Ideal des Liberalismus[3].

Unter den Bedingungen der modernen Industrie- und Leistungsgesellschaft wird diese Leitidee zum Gegenbild eines sozialen Systems, das der technischen und bürokratischen Rationalität zu verfallen droht. Danach würden formaldemokratische Einrichtungen und Verfahren zwar die Loyalität der Massen gewährleisten, ihre Partizipation jedoch so weit vermindern, daß die Entscheidungen der Administration weitgehend unabhängig vom Willen der Staatsbürger gefällt werden könnten. Diese erhielten bloß den Status von Passivbürgern mit Recht auf Akklamationsverweigerung. Dem Wohlfahrtsstaat fiele die Aufgabe zu, den wachsenden Erwartungen der privatisierten Staatsbürger auf systemkonforme Entschädigungen in Form von Geld, arbeitsfreier Zeit und Sicherheit einen Ersatz für die zerbrochene Leitidee zu liefern; demokratische Elitetheorien oder technokratische Systemtheorien hätten die Aufgabe, die strukturelle Entpolitisierung der Gesellschaft zu rechtfertigen[4].

---

[1] Vgl. vorne Ziffer 132.53.

[2] *W. Kägi*, Persönliche Freiheit, Demokratie und Föderalismus, S. 73.

[3] Vgl. *R. Kühnl*, Das liberale Modell öffentlicher Herrschaft, in: Einführung in die politische Wissenschaft, S. 73.

[4] Vgl. *J. Habermas*, Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, S. 55 f.

Gegenüber dieser Bedrohung appelliert die Leitidee der Menschenwürde an jeden einzelnen, für die Vernunft als praktische Rationalität, als dialogische Bemühung um Wahrheit in praktischen Fragen Partei zu ergreifen[5].

Für den Staat, der sich in seiner Rechtsordnung zur Menschenwürde bekennt und entsprechend Partei zu ergreifen gewillt ist, schlägt sich das Leitbild der Menschenwürde nieder im Gebot zur Wahrung und Mehrung von Gleichheit und Freiheit, im Auftrag zur Erziehung zur Mündigkeit und zur Verminderung von staatlichem und gesellschaftlichem Zwang[6].

Der so umschriebene programmatische Gehalt des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde läßt sich praxisgerecht konkretisieren, wenn er auf seine Mitte, die Garantie der Subjektqualität des Menschen bezogen wird. Die Ausgestaltung dieser Garantie erfolgt dann nach vier Richtungen[7]:

In erster Linie bedeutet Subjektqualität Autonomie des einzelnen und Partizipation bei der Bestimmung seines Schicksals und desjenigen seiner Gemeinschaft: Gewährleistung der persönlichen Freiheit als Selbstbestimmungs- und Teilnahmerecht.

Ebenso gehört zur Garantie der Subjektqualität der Schutz der Persönlichkeit in ihren körperlichen, geistigen und sozialen Voraussetzungen.

Da der Mensch Subjekt nur als Partner und Glied der Gemeinschaft sein kann, bedingen die beiden ersten Ausgestaltungen der Menschenwürde noch zwei weitere Garantien:

Das partnerschaftliche Verhältnis der Menschen zueinander erfordert die gegenseitige Anerkennung von Autonomie und Persönlichkeit: Jedem Menschen steht der gleiche Schutz der Würde zu. Daraus ergibt sich die Gewährleistung der Gleichheit in der Würde.

Als Glied der Gemeinschaft kann der Mensch seine Würde nur entfalten, wenn das Gemeinwesen nach menschenwürdigen Grundsätzen gestaltet ist. Daraus ergibt sich das Postulat der Würde der Gesellschaft.

Der Programmgehalt der Menschenwürde findet sich in den vier Ausgestaltungen wieder: Freiheit bedeutet sowohl Autonomie und Partizipation als auch Schutz der Persönlichkeit; Gleichheit heißt Teilhabe aller an der gleichen Würde der Menschen; die Erziehung zur Mündig-

---

[5] Vgl. ebd., S. 194 ff.

[6] Vgl. vorne Ziffer 142.4.

[7] Vgl. vorne Ziffer 265.1 in fine.

keit und die Verminderung von staatlichem und gesellschaftlichem Zwang schließlich sind die wechselseitigen Bedingungen eines Lebens in Freiheit und Gleichberechtigung — sie machen die Würde der Gesellschaft aus.

Für alle vier Ausgestaltungen des Programmgehalts der Menschenwürde sind im folgenden die maßgeblichen Grundsätze anzugeben. Deren Bestimmung hat den objektiven Verhältnissen und den Grundwertungen der modernen Gesellschaft Rechnung zu tragen[8]. Im Rahmen dieser Abwägung ist jedoch stets zu prüfen, ob die geforderte Beschränkung der Menschenwürde auch in vollem Umfang einem verallgemeinerungsfähigen Interesse entspricht, das auf einem vernünftigen Konsens aller Beteiligten beruht (oder doch einen solchen Konsens finden könnte, wenn es einer freien öffentlichen Diskussion unterstellt würde)[9]. Soweit es sich um behauptete Rechtsgüter handelt, die der Menschenwürde entgegengestellt werden, ist das übliche Verfahren der Rechtsgüterabwägung anzuwenden[10], wonach ein Interesse soweit rechtserheblich ist, als es sich auf einen normativen Grundsatz zurückführen läßt; beschränkbar ist die Menschenwürde sodann insofern, als die Beeinträchtigung dieses Grundsatzes jene der Menschenwürde überwiegt.

332 Die Grundsatzgehalte der Menschenwürde

Der Übersicht halber werden die Grundsätze zur Menschenwürde entsprechend der Gliederung der vier Ausgestaltungen des Programmgehalts dargestellt. Da die Würde des Menschen eine unteilbare Einheit darstellt, sind dabei Überschneidungen unvermeidlich.

332.1 Persönliche Freiheit als Selbstbestimmungs- und Teilnahmerecht

Die persönliche Freiheit ist der unmittelbarste Ausdruck des Eigenwertes des Individuums. Sie verlangt in erster Linie die Beschränkung staatlicher und gesellschaftlicher Macht über den einzelnen: Sie bedeutet die Anerkennung des Menschen als selbständige Person, als Quelle eigener Wertungen und Handlungen. Der Mensch ist eine Einheit für sich, die zwar nie abgeschlossen ist, aber doch den Entwurf eines Ganzen in sich trägt, das nicht in der Gemeinschaft mit andern aufgeht. Der Mensch ist befähigt, autonom zu entscheiden und zu handeln und daher dem Staat und der Gesellschaft grundsätzlich nicht verfügbar.

---

[8] Vgl. vorne Ziffer 321.

[9] Vgl. *J. Habermas,* Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, S. 148 f. und 153.

[10] Vgl. vorne Ziffer 233.2.

Die persönliche Freiheit umfaßt jene Anforderungen, denen die Beziehungen des einzelnen zu seinen Mitmenschen und zum Staat entsprechen müssen, damit seine Autonomie in der Gemeinschaft zur Geltung kommen kann.

Tendenziell ist die Aufgabe des Gemeinwesens hier jene der Selbstbeschränkung: Es soll sich störender Eingriffe in die Selbständigkeit des einzelnen enthalten und jedem einen Freiraum gewähren, in dem sich die Kraft, die der einzelne Mensch in sich trägt, entfalten kann. Freilich fließen auch hier Elemente des Schutz- und Förderungsgedankens ein. Sie betreffen aber bloß die Rahmenbedingungen möglicher Autonomie des einzelnen.

Das *Selbstbestimmungsrecht* des einzelnen dient zugleich als Grenze und als Inhalt rechtlicher Regelung und staatlicher Aufgabe:

Als Grenze sichert es dem Menschen die Freiheit seines Innenlebens, beläßt ihm einen außerrechtlichen Raum höchstpersönlicher Lebensführung, die Freiheit auch für die Hingabe an ein überweltliches Ziel, für religiöse und mystische Entfaltung, für die Anerkennung einer höheren als der gesellschaftlichen Macht.

Als Inhalt rechtlicher Regelung und staatlicher Aufgabe verlangt es die Gewährleistung des Rechts des einzelnen, über seine Handlungsweise und seine zwischenmenschlichen Beziehungen frei zu bestimmen. Vorab geht es um die Freiheit des Menschen, in seinen Handlungen und Beziehungen keinen unnötigen Zwang zu erleiden. Unnötig aber ist jener Zwang, der einer Güterabwägung nicht standhält.

Aus dem Selbstbestimmungsrecht ergeben sich die folgenden *Anforderungen an Struktur und Funktion der Rechtsordnung:*

— Selbstbestimmung ist nur im Rahmen einer *rechtsstaatlichen Ordnung* möglich, die Rechtssicherheit — vor allem im Sinne der rechtlichen Voraussehbarkeit — gewährleistet.

— Dem einzelnen erwächst daraus ein *Anspruch auf gesetzliche Regelung seiner Rechtsstellung;* für den Gesetzgeber entspricht dem ein Verbot unnötiger Ermessensfreiheit der Behörden. Durchsetzbar ist dieser Anspruch freilich nur beschränkt; er setzt das Bestehen einer Verfassungsgerichtsbarkeit voraus.

— Daneben tritt der Anspruch des einzelnen auf *umfassende Kompetenzausübung durch Gesetzgeber, Verwaltung und Richter.* Die Grundrechte sind nur gewahrt, wenn sie in ihrem vollen Gehalt als Handlungs- und Unterlassungsgebote von allen Behörden verwirklicht werden.

— Ferner ergibt sich für alle staatliche Gewalt die *Pflicht zur umfassenden Rechtsgüterabwägung,* welcher insbesondere das Verbot dogmatischer Einschränkung der Grundrechtsgehalte entspricht.

— Einer besonders großen Gefahr für die Erfüllung der letztgenannten Pflicht begegnet schließlich der Grundsatz der *Unterordnung von Praktikabilitätsinteressen.*

Die Selbstbestimmung erfordert im Konfliktfall *ein rechtsstaatliches Verfahren,* das dem einzelnen angemessene Teilnahme und Einwirkung auf den Entscheid über sein Schicksal gewährleistet:

— Daraus folgen für den einzelnen die Ansprüche auf *rechtliches Gehör* einschließlich der Akteneinsicht, des Antrags- und des Beschwerderechts.

— Diese Verfahrensrechte gründen auf der Anerkennung des einzelnen als vernunftbegabten Partner der Behörde und sind bloß Ausgestaltungen eines allgemeinen *Rationalitätsanspruchs* des Bürgers, in dessen Licht sie daher zu handhaben sind. Deshalb gehört dazu auch der *Anspruch auf eine vernünftige und für den Betroffenen verständliche Begründung* des Entscheides.

— Dem Selbstbestimmungsrecht als Durchsetzungschance im Verfahren entspricht ferner auch das *Prinzip der Waffengleichheit.*

— Die Einschränkung, welche das Selbstbestimmungsrecht durch die Urteils- oder Verfügungsgewalt und durch die Verfahrensherrschaft des Richters oder Beamten erfährt, macht die zuständige Behörde für die Wahrung der Würde des Betroffenen verantwortlich und verpflichtet sie zu *Fairneß und Takt* während des Verfahrens und im Entscheid.

— Allgemein verlangt die Wahrung der Würde, daß die Selbstbestimmung, auf die im behördlichen Verfahren verzichtet werden muß, nach Möglichkeit durch Mitbestimmung ersetzt wird; der Entscheid muß nicht nur sachlich begründet, sondern auch *durch die Korrektheit des Verfahrens legitimiert* werden: Zur Begründung gehört auch der Nachweis der Einwirkung des Betroffenen auf das Ergebnis.

Der Gehalt des Selbstbestimmungsrechts hängt vom *Verhältnis* ab, in welchem die geschützte Handlung oder Beziehung *zu den Persönlichkeitsgütern* steht:

Subsidiär erfaßt das Selbstbestimmungsrecht jede menschliche Handlung oder Beziehung, soweit daraus Dritten kein Schaden erwächst und nicht höhere Interessen der Öffentlichkeit berührt werden. Insoweit steht jedermann die *allgemeine Handlungsfreiheit* zu. Sie wird durch das Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und das Willkürverbot geschützt, gilt aber auch unter Privaten.

Im engeren Sinne beinhaltet das Selbstbestimmungsrecht alle Handlungen und Beziehungen, welche *persönliche Güter* betreffen. Diese

verleihen dem Freiheitsanspruch einen grundsätzlichen Wert, der in die Güterabwägung eingebracht werden kann und sich gegenüber sachlichen und anderen untergeordneten Interessen durchzusetzen vermag.

Erhöhten Schutz genießt das Selbstbestimmungsrecht in bezug auf *elementare Persönlichkeitsgüter.* Während die körperliche, geistige und soziale Integrität eher unter dem Gesichtspunkt der persönlichen Sicherheit zu betrachten ist[11], sind der persönlichen Freiheit vor allem die folgenden Rechtsgüter zuzuordnen:

Die *Bewegungsfreiheit* ist der elementarste Ausdruck der Selbstbestimmung. Sie erfaßt die körperlichen und räumlichen Voraussetzungen der meisten Handlungen und Beziehungen des Menschen. Ihr „Entzug" (der stets nur eine verhältnismäßige Beschränkung sein darf) kann nur mit höchsten Verfassungsrechtsgütern gerechtfertigt werden.

Wichtigste Voraussetzung für die geistige Selbstbestimmung und Mitbestimmung des Menschen ist das *Recht auf Information,* dem auf der Seite der Verpflichteten — sei es der Staat oder nach dessen Vorschrift ein Privater — die Pflicht zur Auskunft, zur Offenlegung oder zur Gewährung der Einsichtnahme gegenübersteht. Das Informationsrecht hat mehrstufigen Gehalt:

— Einerseits enthält es das Verbot, den einzelnen daran zu hindern, *Kenntnis über allgemein zugängliche Tatsachen* zu erhalten.

— Sodann umfaßt es das *Prinzip der Transparenz behördlichen Handelns;* die staatlichen Organe sind verpflichtet, dem einzelnen soweit Einblick in ihre Tätigkeit zu gewähren, als es die Wahrnehmung persönlicher oder öffentlicher Interessen erfordert und die Erfüllung der behördlichen Aufgabe gestattet.

— Schließlich verlangt es vom Staat die *Förderung der Offenheit der Gesellschaft* und ihrer Strukturen; dem einzelnen ist in den Bereichen seiner persönlichen Entfaltung, z. B. in Betrieb und Verband ein Informationsrecht zu verschaffen.

Mit zum Recht, sich Informationen zu beschaffen, gehört das Recht, diese auszutauschen und zu verbreiten, sowie sich — allein oder mit andern — eine Meinung darüber zu bilden. Dieses *Recht auf Kommunikation,* das teilweise von der Meinungsfreiheit erfaßt wird, ist von zentraler Bedeutung für die geistige und soziale Freiheit der Person. Es ist in gleichem Sinne mehrstufig, wie das Recht auf Information.

— Einerseits enthält es das Recht, ohne Hindernisse oder Nachteile von seiten des Staates *Mitteilungen* durch die Post, das Telefon und andere Verkehrsmittel zu übertragen, mit andern Menschen darüber zu sprechen und sie gemeinsam zu verwerten.

[11] Vgl. Ziffer 332.2 hiernach.

— Sodann umfaßt es die Pflicht der öffentlichen Hand, die bestehenden *Kommunikationsmittel* und den öffentlichen Grund für diese Zwecke *zur Verfügung* zu stellen.

— Schließlich verlangt es vom Staat den *Ausbau* der Kommunikationsmittel und *Förderung* der Medien der Meinungsbildung.

Wo Selbstbestimmung nicht verwirklicht werden kann, ist sie durch ein *Teilnahmerecht* zu ersetzen.

— Einmal darf *Teilnahme* dort, wo sie möglich wäre, *nicht verhindert* werden. Aus Kritik und Vorschlägen zu Belangen der Person oder der Öffentlichkeit dürfen dem einzelnen keine Nachteile erwachsen, ein Grundsatz, der seinen Ausdruck zum Teil im Petitionsrecht findet.

— Sodann ist der Staat verpflichtet, *offene Verfahren der Teilnahme* an Entscheidungen zu persönlichen oder öffentlichen Fragen zu schaffen. Über das Gerichts- und Verwaltungsverfahren hinaus geht es dabei vor allem um Planungsverfahren und demokratische Entscheidungsprozesse.

— Schließlich liegt im Recht auf Teilnahme der Auftrag an den Staat begründet, die *Demokratisierung der Gesellschaft* zu fördern. Im Bereich der Kultur fällt dieser Auftrag unter jenen der *Erziehung zur Mündigkeit*. Im Bereich der Wirtschaft wird er durch die Anerkennung des *persönlichen Rechts am Arbeitsergebnis* verstärkt, das über den bloßen Anspruch auf finanzielle Entschädigung hinaus das Recht auf *Mitbestimmung* der Arbeitnehmer über Sinn und Zweck der Arbeit und über die Verwendung ihres Ergebnisses enthält.

— *Die Selbstbestimmung ist der Grundgehalt der Menschenwürde als persönlicher Freiheit: Der Staat hat sie dem einzelnen zu seiner persönlichen Entfaltung zu gewähren und die Voraussetzungen ihrer Verwirklichung zu schaffen. Wo Selbstbestimmung nicht möglich ist, hat Mitbestimmung an ihre Stelle zu treten.*

332.2 Persönliche Sicherheit: der öffentlich-rechtliche Persönlichkeitsschutz

Der rechtliche Schutz der Persönlichkeit gründet in der Anerkennung der Schwäche und Verletzlichkeit der Autonomie des Menschen; er ist eine Antwort auf die fortwährende Gefährdung der menschlichen Person. Hier geht es weniger um die Gewährung des freien Entfaltungsraumes für die als kräftig und autonom vorausgesetzte Persönlichkeit, sondern vielmehr um die Gewährleistung jener Sicherheit, derer der einzelne bedarf, um sich zur autonomen Person zu entwickeln. Zum einen soll der Bürger vor dem gewaltsamen Einbruch des Staates oder

Dritter in seine Persönlichkeitssphäre geschützt werden, zum andern sind die Grundlagen sicherzustellen, auf denen persönliche Entfaltung erst möglich wird.

Der umfassende öffentlich-rechtliche Persönlichkeitsschutz, der sich aus der Menschenwürde ergibt, betrifft die körperliche, geistige und soziale Integrität des Menschen:

Die *körperliche Integrität* des Menschen erfordert den Schutz von Leben und Gesundheit.

— Sie verbietet dem Staat, Leib und Leben des einzelnen *zu beeinträchtigen.* Dazu gehört nicht nur das Verbot der körperlichen, sondern auch der Todesstrafe. Diese kann höchstens in der Notwehrsituation des Krieges in Frage kommen. In einem weiteren Sinne gehört zum Schutz der körperlichen Integrität auch das Verbot der Vererbungslenkung.

— Der Staat hat Leib und Leben aber auch *zu schützen:* Sicherheits- und Verkehrspolizei, Staatsschutz und Militär sollen sie vor Angriffen Dritter behüten; die Gesundheitspolizei des Staates soll sie vor Krankheits- und Umweltschäden bewahren.

Die Anerkennung der *geistigen Integrität* des Menschen setzt Staat und Recht ähnliche Grenzen wie die Anerkennung des Selbstbestimmungsrechts.

— Der Staat hat *Bewußtsein und Wille des einzelnen zu achten* und darf sie nicht umgehen. Daraus ergibt sich vor allem das Verbot psychotechnischer Methoden der Wahrheitsfindung im Strafprozeß.

— Zum Schutz der geistigen Integrität gehört sodann die *Achtung vor der Gefühlswelt* des Menschen. Diese ist gerade unter den Bedingungen besonderer Entfremdung, wie sie im Gefängnis gegeben sind, von höchster Bedeutung für die Wahrung der Menschenwürde.

— In ganz besonderem Maße dient dem Schutz der geistigen Integrität schließlich die *Freiheit des Gewissens und des Glaubens,* die daher den Gegenstand eines besonderen Grundrechts ausmacht.

Die *soziale Integrität* des Menschen ist zum Teil eng mit der geistigen verbunden. Sie meint die Persönlichkeit des Menschen als gesellschaftliches Wesen. Ihr Schutz ist entsprechend den vielfältigen sozialen Stellungen und Beziehungen des Menschen unterschiedlich zu gestalten.

— Soziale Integrität setzt einen engsten Lebensbereich des Menschen voraus, der ihm alleine zusteht oder den er nur mit den Vertrauten seiner Wahl teilt. Der *Schutz der persönlichen Geheimsphäre* ist daher das erste Mittel zur Wahrung der sozialen Integrität des Menschen. Dazu gehört auch das Recht jedes einzelnen, den Umfang des Privatlebens, das er geheim halten will, selber zu bestimmen.

Die Geheimsphäre ist daher als selbstgewählte Mitte der Privatsphäre grundsätzlich von jedem staatlichen Eingriff freizuhalten. Ausnahmen hiervon sind nur zur Wahrung höchster Rechtsgüter zulässig, die auch schwere Beeinträchtigungen der Menschenwürde rechtfertigen können.

— In geringerem Maß gilt dasselbe für die gesamte *Privatsphäre:* Wohnung, Familienleben, Freizeit und Erscheinungsbild in der Öffentlichkeit.

— Die Sicherung des notwendigen persönlichen Lebensraumes findet zwar im Geheim- und Privatbereich den wichtigsten Ort ihrer Verwirklichung, doch genügt es nicht, bestimmte Lebensbereiche von staatlicher und gesellschaftlicher Beeinflussung auszugrenzen. Grundlage der sozialen Integrität ist vielmehr das Vertrauen in die Gemeinschaft der Mitmenschen, das seinen grundrechtlichen Ausdruck im Grundsatz der *Freiheit von Angst* findet. Vertrauen aber wird nicht erst mit der konkreten Verletzung eigener Rechtsgüter zerstört; es zerfällt bereits, wenn der einzelne aus Erfahrung weiß, daß er der Gefahr der Verletzung hilflos ausgesetzt ist. Dem Schutz des Vertrauens solcher Gefährdung gegenüber dient der Grundsatz der Freiheit von Angst. Dieser schützt den einzelnen daher einmal vor der Gefahr staatlicher Einbrüche in seinen Persönlichkeitsbereich. Sodann verpflichtet er den Staat, für die gegenseitige Achtung der Mitmenschen zu sorgen. Schließlich fordert er vom Gemeinwesen, daß es den vielfältigen Bedrohungen menschlicher Entfaltung in der modernen Gesellschaft entgegentrete; dies verbindet ihn mit dem Postulat der Würde der Gesellschaft[12].

— Persönliche Sicherheit als Schutz der sozialen Integrität setzt auch ein Mindestmaß an ökonomischer Sicherheit voraus. Diese findet ihren grundrechtlichen Ausdruck in der *Freiheit von Not.* In der Ausgestaltung als *Recht auf Fürsorge* sichert diese dem einzelnen den Existenzbedarf. Darüber hinaus verpflichtet sie den Staat zur Förderung der Wohlfahrt aller und zum Schutz der Schwachen. Dazu gehört ferner, daß er das Solidaritätsprinzip auch im Verhältnis unter Privaten zur Geltung bringt.

— Das *Recht auf Bildung* ergibt sich sowohl aus der persönlichen Sicherheit in ihrer ökonomischen und beruflichen Bedeutung, wie aus der persönlichen Freiheit, deren Verwirklichung den Erwerb von Kenntnissen und die Ausbildung von Fähigkeiten voraussetzt. Entsprechend hat das Recht auf Bildung einen doppelten Gehalt: Einerseits ist es Teil der Freiheit der wirtschaftlichen Entfaltung; dies verbindet es mit der Berufs- und Wirtschaftsfreiheit. Anderseits ist es Grundlage der kulturellen Entfaltung; dies verbindet es

[12] Vgl. hinten Ziffer 332.4.

mit dem Grundsatz der Erziehung zur Mündigkeit und mit den Aufgaben der Gegenwartsbewältigung[13].

Das Recht auf Bildung enthält einerseits ein Diskriminierungsverbot, anderseits den Auftrag zur Einrichtung und zum Betrieb von Bildungsstätten, die sowohl dem wirtschaftlichen Fortkommen wie der Erziehung zur Mündigkeit zu dienen haben.

— *Menschenwürde als persönliche Sicherheit hat den Schutz der Persönlichkeit zum Grundgehalt: Das Gemeinwesen hat die Rechtsordnung auf den Schutz und die Entfaltung der Persönlichkeit auszurichten. Für die Behörden ergibt sich daraus der Grundsatz der persönlichkeitsorientierten Interpretation des Rechts.*

332.3 Die Gleichheit in der Würde

Die Würde, die das Recht dem einzelnen zuspricht, steht als Menschenwürde bedingungslos jedem Menschen zu. Persönliche Freiheit und Sicherheit sind daher Rechte, die allen Menschen unterschiedslos zustehen. In der Würde sind sich alle rechtlich gleich.

Die Forderung nach Gleichheit in der Würde ergibt sich dann, wenn das Recht des einzelnen auf einen Freiraum der Entfaltung und auf Schutz der Persönlichkeit nicht vom einzelnen, sondern vom Gemeinwesen her betrachtet wird. Was jedem einzelnen bedingungslos zusteht, muß allen gleich gewährt werden. Unter gegebenen Bedingungen mangelhafter Verwirklichung von Menschenwürde ist daher die Einbuße an menschlicher Würde auf alle gleich zu verteilen.

Die Gleichheit in der Würde ergibt sich auch aus dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit. Der Rechtsstaat entzieht sich seine Grundlage, wenn er nicht alle Mitglieder an der Verwirklichung seiner Grundwerte teilhaben läßt. Menschenwürde wird damit zum Teilhaberecht.

Schließlich ist Gleichheit in der Würde Ausdruck des partnerschaftlichen Verhältnisses, in welchem die Freiheit als Selbst- und Mitbestimmung und die Sicherheit als Vertrauen allein verwirklicht werden können. Echte Freiheit und Sicherheit sind nur in gegenseitiger Verantwortung und in einer Gemeinschaft mit andern freien Menschen möglich. Die Würde eines jeden erfordert die Solidarität aller.

Der Gleichheitssatz ist daher als Rechtsform der Solidarität zu verstehen. Er ist mehr als nur formales rechtsstaatliches Prinzip, das die Begründung ungleicher Behandlung fordert. Er ist Ausdruck dafür, daß sich die Mitglieder des Gemeinwesens zum Schutze ihrer Würde solidarisch erklären. Die Würde des Menschen verleiht der Rechtsgleichheit

[13] Vgl. hinten Ziffer 332.4.

einen materiellen Gehalt: Persönliche Freiheit und Sicherheit stehen allen Menschen ohne Unterschied in gleichem Maße zu.

Für die bestehende Rechtsordnung ergibt sich daraus ein elementarer Mindestgehalt absoluter Gleichheit und darüber hinaus ein Maßstab für die angemessene Differenzierung im Recht:

Zum *elementaren Mindestgehalt der Rechtsgleichheit* zählt einerseits das Willkürverbot, anderseits das Gebot absoluter Gleichbehandlung in der Würde:

Wird das *Willkürverbot* auf die Würde des Menschen ausgerichtet, so muß es umfassender bestimmt werden, als die Praxis dies heute tut: Willkürlich ist jeder behördliche Akt, der über Interessen eines Menschen verfügt, ohne diesem die gebührende Achtung zu erweisen. Unter das Willkürverbot fallen insbesondere folgende Mängel:

— die Verletzung des Teilnahme- und Mitbestimmungsanspruchs, den das rechtliche Gehör im Lichte der Menschenwürde darstellt;

— die Verletzung des Rationalitätsanspruchs, der sich auch auf die Begründung des Entscheids erstreckt, die auf die Vorbringen des Betroffenen einzugehen hat;

— die Mißachtung von Fairneß und Takt, insbesondere der Mißbrauch der Verfahrensherrschaft zu persönlicher Erniedrigung des Betroffenen;

— die Mißachtung der gesetzlichen Regelung der Rechtsstellung des Betroffenen;

— die einschränkende Kompetenzausübung;

— die dogmatische Einschränkung der Grundrechtsgehalte und der anwendbaren Rechtssätze überhaupt, vor allem entgegen dem Grundsatz der persönlichkeitsorientierten Interpretation;

— das Fehlen grundsätzlicher Güterabwägung, insbesondere die grundsatzlose Entscheidung und die Überbewertung der Praktikabilitätsinteressen.

Das Willkürverbot kann auch vom Gesetzgeber verletzt werden, wenn er mangelhafte Verfahrensvorschriften erläßt oder bei der materiellen Regelung dogmatischen Grundrechtsbeschränkungen folgt oder die Güterabwägung verkürzt.

Die *absolute Gleichbehandlung* ist dort erforderlich, wo das Rechtsverhältnis unmittelbar einen Teilgehalt der Menschenwürde betrifft. Denn in bezug auf die elementaren Gehalte der Würde verbietet die Rechtsgleichheit jede Differenzierung. Dies gilt überall dort, wo die Stellung des einzelnen als Subjekt der Rechtsordnung betroffen ist. Dazu gehören vor allem die folgenden Rechte:

— die Rechtsfähigkeit,
— die Parteifähigkeit,
— das Willkürverbot im beschriebenen Sinne,
— die Waffengleichheit und
— der Schutz der persönlichen Rechtsgüter, vor allem die körperliche und die geistige Integrität, der Schutz der Geheimsphäre als elementare Form der Freiheit von Angst, sowie das Recht auf Fürsorge, soweit es das unterste Minimum der Existenzsicherung betrifft.

Über diese elementaren Mindestgehalte der Rechtsgleichheit hinaus liefert die Menschenwürde *Kriterien angemessener Differenzierung.* Sie liefert den Maßstab für die Beurteilung dessen, was bei der formalen Regel, wonach wesentlich Gleiches gleich, wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln ist, als wesentlich zu betrachten ist:

Wesentlich gleich sind alle Menschen in ihrem Anspruch auf persönliche Freiheit und Sicherheit im beschriebenen Sinne. Faktische Unterschiede in der Verwirklichung dieser Teilgehalte menschlicher Würde dürfen nicht zu rechtlicher Diskriminierung führen. Denn Rechtsgleichheit als Gleichheit in der Würde ist rechtliches Gebot, allen Menschen die gleiche Chance der Würdeverwirklichung zu gewähren.

Daraus ergeben sich folgende Richtlinien:
— das Verbot von Differenzierungen, welche die Chancengleichheit der Würdeverwirklichung beeinträchtigen;
— das Gebot, faktische Ungleichheit der Chancen nach Möglichkeit zu kompensieren, d. h. die Chancen Benachteiligter zu verbessern;
— das Verbot des Machtmißbrauchs, d. h. der Durchsetzung nicht grundsatzfähiger Interessen gegenüber solchen, die von Rechtsgrundsätzen gedeckt sind;
— das Verbot der Ausnützung bestehender Machtgefälle, d. h. der Durchsetzung grundsatzfähiger Interessen gegenüber überwiegenden rechtlich geschützten Interessen;
— das Gebot des Abbaus wirtschaftlicher Ungleichheiten und gesellschaftlicher Abhängigkeiten.

Diese Kriterien richten sich sowohl an den Gesetzgeber als auch an den Beamten und Richter; sie gelten aber ebenfalls für die Gestaltung des Verhältnisses unter Privaten. Sie sind sogar wesentlich Ausdruck der Solidaritätspflicht im Horizontalverhältnis.

— *Grundgehalt der Gleichheit in der Würde ist die Solidarität; diese verpflichtet sowohl die Behörden gegenüber dem Bürger als auch die Privaten untereinander. Gleichheit begrenzt Freiheit dann, wenn diese zur Macht wird, die der Solidarität entbehrt.*

332.4 Die Würde der Gesellschaft

Mit der persönlichen Freiheit und Sicherheit sowie der Solidarität unter Mitmenschen sind jene Teilgehalte der Menschenwürde erfaßt, an denen jeder einzelne individuell teilhaben kann und die daher — zumindest teilweise — zu individuellen Ansprüchen ausgestaltet werden können. Die Verwirklichung dieser Teilgehalte hängt jedoch wesentlich von der Gesamtverfassung des Gemeinwesens ab, d. h. von dessen Reifegrad: Die Autonomie des einzelnen hängt von der Freiheit ab, die das Gemeinwesen gewährt; die persönliche Sicherheit kann nur in jenem Maße verwirklicht werden, in dem die Gesellschaft fähig ist, ihre Probleme zu lösen und ihr Schicksal offen und frei zu gestalten.

Die Würde des einzelnen bedarf nicht nur ihrer Entsprechung beim Mitmenschen als Partner, sondern auch bei der Gesellschaft als ganzer. Die Würde der Gesellschaft ist Bedingung und Ergebnis der Würde des einzelnen Menschen, der seine Persönlichkeit nur in einer freien Gesellschaft mündiger Menschen voll verwirklichen kann.

Die Würde der Gesellschaft liegt in der Offenheit ihrer Strukturen und in der Mündigkeit ihrer Glieder. Dabei ist Offenheit Bedingung der Entwicklung zur Mündigkeit, diese aber wiederum Voraussetzung für die Öffnung der Strukturen: Die beiden Teilgehalte bedingen sich gegenseitig.

Das Ziel der *Offenheit der Gesellschaftsstrukturen* setzt dem Gemeinwesen folgende Aufgaben:

— Abbau der Herrschaft von Menschen über Menschen,

— Ausgleich bestehender Machtgefälle und

— Ersetzung dieser Macht durch die freie Verständigung der Betroffenen und die vernünftige Regelung der gemeinsamen Angelegenheiten.

Das Ziel der *Mündigkeit der Gesellschaftsglieder* stellt das Gemeinwesen vor die Aufgabe der Erziehung zur Mündigkeit. Dieser Begriff läßt sich nach den Teilgehalten der Menschenwürde bestimmen als Fähigkeit des Menschen als Persönlichkeit zur Selbst- und Mitbestimmung und zur Solidarität mit den Mitmenschen. Er wird zur Richtschnur folgender Aufgaben des Gemeinwesens:

— Bildungs- und Kulturpolitik im weitesten Sinne, als Gegenstück der Rechte des einzelnen auf Bildung, auf Information und Kommunikation;

— Staatspolitik als Antwort auf die Partizipationsrechte der Bürger;

— Demokratisierung der Gesellschaft als Förderung der Mitbestimmung und Teilnahme aller Menschen am Schicksal der Menschheit.

Dieser programmatische Gehalt der Würde der Gesellschaft stellt dem Gemeinwesen heute in drei Richtungen besondere Aufgaben:

— Sie fordert den *Abbau der wachsenden Kulturlücke,* d. h. die Entwicklung der gemeinsamen Fähigkeit, die Geschichte des Menschen, die weitgehend machbar geworden ist, bewußt und rational zu gestalten.

— Sie verlangt die *Humanisierung von Technik und Bürokratie,* d. h. den Vorrang der intersubjektiven Rationalität des Dialogs vor der Sachlogik. Die Rationalität der technokratischen und bürokratischen Denk- und Handlungsweisen muß sich der Bewährung in der Diskussion der Betroffenen unterziehen.

— Sie verlangt die *Wahrung und Förderung der Lebensqualität.* Vorerst bedeutet dies die Ingriffnahme des Expansionsdranges und des Herrschaftswillens des Menschen der Natur gegenüber durch ihre Einordnung unter das Gesellschaftsziel der Würde des Menschen. Darüber hinaus heißt Förderung der Lebensqualität Schaffung der gesellschaftlichen Voraussetzungen eines mündigen Zusammenlebens der Menschen überhaupt.

— *Leitbild der Würde der Gesellschaft ist die freie Gemeinschaft freier Menschen. Richtlinie ihrer Verwirklichung ist unter dem gegebenen Stand der Herrschaft über die Natur eine Umwertung der Entwicklungsziele, die der Qualität den Vorrang vor der Quantität verschafft, das heißt menschliche Wertung sachlicher Logik vorordnet.*

34 Richtlinien für die Entscheidung im Einzelfall

Der Versuch, in der hier dargestellten Weise die Teilgehalte der Menschenwürde zu Grundsätzen auszugestalten, kann nur hypothetische Ergebnisse zeitigen. Deren Gültigkeit muß sich in der praktischen Anwendung erweisen. Entsprechend der unterschiedlichen normativen Dichte der angeführten Grundsatzgehalte bedeutet „Anwendung" freilich nicht in jedem Fall dasselbe. Zum Teil kann nicht mehr als eine allgemeine Wertorientierung geboten werden, die als Leitlinie der Praxis dienen kann; zum Teil sind den Grundsätzen Anforderungen an den Entscheidungsprozeß zu entnehmen; in einigen Fällen ergeben sich aber auch materielle Entscheidungskriterien für den Einzelfall.

Die meisten Grundsätze, die hier aufgestellt worden sind, würden je für sich eine Abhandlung rechtfertigen, in welcher mögliche Auswirkungen auf die Praxis des Gesetzgebers, der Verwaltung und der Justiz zu untersuchen wären. An dieser Stelle sind nur einige Hinweise auf einzelne Konkretisierungen möglich. Im folgenden werden daher

nur Beispiele gegeben, und auch solche nur, soweit sie der Erläuterung neuer Elemente dienen können, die durch Teilgehalte des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde in die Praxis des Gesetzgebers und des Richters eingebracht werden.

341 Richtlinien für die Gesetzgebung

Das *Selbstbestimmungsrecht* des einzelnen als Grenze staatlicher Aufgaben verpflichtet den Gesetzgeber, jeweils zu prüfen, ob ein geltend gemachtes Problem überhaupt Gegenstand rechtlicher Regelung bilden soll. Die Frage stellt sich etwa bei der Strafbarkeit des bloßen Konsums von Drogen oder des Selbstmordversuchs, aber auch bei der Regelung zum Schwangerschaftsabbruch. Wird die Frage aufgrund entgegenstehender Verfassungsrechtsgüter bejaht, so verpflichtet das Selbstbestimmungsrecht zu besonders zurückhaltender, maßvoller Regelung.

Als Anspruch auf *gesetzliche Umschreibung der Rechtsstellung* des einzelnen verpflichtet das Selbstbestimmungsrecht den Gesetzgeber zu klarer, eindeutiger Ausgestaltung der Grundrechtsgehalte. Dem Bürger muß Rechtssicherheit in dem Sinne verschafft werden, daß er dem Gesetz entnehmen kann, welche Interessen anerkannt sind und wie er sie geltend machen kann. So darf z. B. auch im besonderen Gewaltverhältnis nicht dem Ermessen der zuständigen Behörde überlassen werden, was einer rechtlichen Regelung zugänglich wäre, wenn die verfassungsrechtliche Güterabwägung in jedem Fall dem Unterworfenen einen Anspruch verleiht[1]. Ebenso ist die Rechtsstellung des Ausländers in der Schweiz wo immer möglich nicht auf den Ermessensentscheid der fremdenpolizeilichen Behörden, sondern auf Rechtsansprüche zu gründen[2]; dabei ist zu fordern, daß jedem Ausländer unter bestimmten Voraussetzungen ein Anspruch auf Erneuerung der Aufenthaltsbewilligung gewährt wird. In besonderem Maße aber gilt die Pflicht zur Klarheit im Verfahrensrecht, wo der Bürger auf die gesetzliche Regelung vertrauen können muß[3]. Dem (kantonalen) Gesetzgeber fällt damit die Aufgabe zu, die Vielfalt formalistischer „Prozeßfallen", die sich vor allem in den Zivilprozeßordnungen und teilweise in ungeschriebenen Gebräuchen finden, zu beheben.

Die Pflicht des Gesetzgebers zu *umfassender Kompetenzausübung* bedeutet im Lichte der Menschenwürde, daß das Gesetz verfassungs-

[1] Vgl. BGE 102 I a 279 ff., 287 über die Mitnahme persönlicher Gegenstände in die Gefängniszelle.

[2] Vgl. den Entwurf für ein neues Ausländergesetz und die Erläuterungen des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements für das Vernehmlassungsverfahren vom 24. März 1976.

[3] Vgl. BGE 97 I 100 ff. über eine Lücke im Verfahren vor dem Solothurner Verwaltungsgericht bezüglich der Gerichtsferien.

konform zu gestalten ist, d. h. die Grundrechte zu voller Geltung zu bringen hat. Dies bedingt eine umfassende Rechtsgüterabwägung: Der Gesetzgeber hat sich von der Gesamtheit der Verfassungsgüter leiten zu lassen und alle geltend gemachten Interessen auf ihre Grundsatzfähigkeit zu überprüfen; insbesondere hat er das diffuse Allgemeininteresse, dem er dienen soll, anhand der Grundsätze der Verfassung zu konkretisieren. Erste Voraussetzung dafür ist, daß er sich von der bloßen Sachbestimmtheit vieler Erwägungen löst und bereit ist, die Probleme von einem zielorientierten Ansatz aus anzugehen. Nach dem Grundsatz der Unterordnung von Praktikabilitätsinteressen hat er Argumente aus der „Natur der Sache" oder technokratische und bürokratische Erfahrungssätze daraufhin zu hinterfragen, ob sie Interessen dienen, die nicht grundsatzfähig und daher zurückzustellen sind. Zur Illustration des Gemeinten sei die Zürcher Polizeigefängnis-Verordnung beigezogen: Zwar muß im Interesse einer praktikablen Haftordnung die eine oder andere Einschränkung der Freiheit über das beim Freiheitsentzug unerläßliche Maß hinaus in Kauf genommen werden, aber eine Rechtsetzung, die sich die Teilgehalte der Menschenwürde zum Leitbild macht, kann nie dem Verhafteten während einer ganzen Woche sowohl das Recht auf einen täglichen Spaziergang, als auch das Besuchsrecht, das Recht auf Besitz eines Radios oder auf Anschluß an ein offizielles Anstaltsprogramm sowie das Recht auf Bezug von Zeitungen und Zeitschriften verweigern. Die Kumulation dieser Beschränkungen läßt sich nur durch Praktikabilitätsinteressen rechtfertigen, die keine Beziehung zum Haftzweck oder zu legitimen Interessen der Strafverfolgung aufweisen; sie führt vielmehr zum — allenfalls ungewollten — Ergebnis, daß die Haft zum verbotenen psychischen Druckmittel wird[4]. Die Mehrbelastung der Gefängnisverwaltung und allfällige zusätzliche Personalkosten müssen bei dieser Sachlage zum Schutze der Menschenwürde in Kauf genommen werden.

Beim *Erlaß von Verfahrensregelungen* hat der Gesetzgeber das rechtliche Gehör als Rationalitätsanspruch des Bürgers so auszugestalten, daß alle persönlich Betroffenen zur Teilnahme am Verfahren legitimiert sind, daß ihnen wirksame Kontrollrechte zustehen und daß sie über die verfügbaren Rechtsmittel belehrt werden. Ferner ist in einem rechtsstaatlichen Verfahren die zuständige Behörde zu verpflichten, alle Entscheide zu begründen; jede Begründung muß für den Betroffenen verständlich sein und seinen Einfluß auf das Ergebnis des Verfahrens — als Ausdruck seiner Mitbestimmung — darstellen. Dem Grundsatz der Waffengleichheit entspricht sodann die Pflicht des Verfahrensleiters zur Aufklärung des Rechtsunkundigen; Fairneß und Takt begründen das allgemeine Gebot der Achtung der Person des Betrof-

[4] Vgl. BGE 102 I a 279 ff., 293 f. E. 8.

fenen und die Pflicht zur Aufnahme des zweiseitigen Gesprächs im mündlichen Verfahren, vor allem aber zur Erläuterung der einzelnen Verfahrensschritte; schließlich gehört zur Legitimation des Verfahrens durch seine Korrektheit nicht nur das Recht der Parteien, die Einsichtnahme in die Akten zu verlangen, sondern auch die Pflicht der Behörde, den Parteien vor dem Abschluß des Verfahrens alle Entscheidungsgrundlagen zu offenbaren.

Das *Recht auf Information* verpflichtet den Gesetzgeber, für möglichste Transparenz des behördlichen Handelns zu sorgen. So enthält es insbesondere den Grundsatz der Öffentlichkeit der Amtsakten. Ausnahmen hievon sind freilich zum Schutz persönlicher Interessen Dritter, während hängiger Verfahren und im Interesse der Staatssicherheit zu bewilligen. Weitergehende Einschränkungen aber müßten sorgfältig auf die zugrundeliegenden Interessen hin überprüft werden. Jedenfalls dürfte der heute geltende Grundsatz der Vertraulichkeit der Verwaltung einer Rechtsgüterabwägung kaum in vollem Umfang standhalten. In bezug auf das Horizontalverhältnis bringt das Recht auf Information dem Gesetzgeber zum Beispiel den Auftrag, eine möglichst umfassende jährliche Rechenschaftspflicht der privaten Unternehmen aufzustellen oder den Arbeitnehmern ein Einsichtsrecht in die Akten der Unternehmensführung zu gewähren; bezüglich der Ausnahmen hievon müßte grundsätzlich Ähnliches gelten, wie für die Staatsverwaltung.

Das *Recht auf Kommunikation* verpflichtet den Gesetzgeber nicht nur, das Post-, Telefon- und Telegrafengeheimnis zu wahren und die Versammlungs- und Vereinsfreiheit zu schützen. Es verlangt auch, daß er den öffentlichen Grund und die öffentlichen Anstalten nach Möglichkeit für die Ausübung der Grundrechte zur Verfügung stellt und die öffentlichen Verkehrsmittel und Kommunikationsdienste dem Kontrahierungszwang unterstellt. Ferner fordert es eine offene Informationspolitik des Staates und eine Verkehrspolitik, die nicht nur von wirtschaftlichen, sondern auch von menschlichen Bedürfnissen geleitet ist. Die Presseförderung und die Unterstützung der politischen Parteien zählen zu den Förderungsmaßnahmen im Dienste des Kommunikationsrechts.

In ihrem Gehalt als *Teilnahmerecht* ist die Menschenwürde geeignet, dem Petitionsrecht neuen Inhalt zu verleihen. Dieses ist so auszugestalten, das es dem Petenten einen Anspruch auf Prüfung und verständliche Beantwortung seiner Eingabe verleiht. Die Schaffung des Amtes eines „Ombudsmanns" wird dadurch ebenfalls nahegelegt. Die Pflicht des Gesetzgebers zur Schaffung offener Verfahren der Teilnahme in Planung und Politik bedeutet, daß zu Beginn von Planungsverfahren an die Stelle des Expertenauftrages öffentliche Umfragen und Ideenwettbewerbe zu treten haben, daß zur Vernehmlassung Alternativpro-

jekte unterbreitet und Versuche mit Anwaltsplanern und Artikulationshelfern unternommen werden sollen. Der Auftrag zur Demokratisierung der Gesellschaft verlangt die Einführung von Mitsprache- und Mitbestimmungsrechten in den Bildungsanstalten, die Schaffung von Jugendzentren und die Gewährung von Stipendien für kulturelle Projekte, sowie die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Betrieb und in der Unternehmung.

Menschenwürde als *persönliche Sicherheit* verpflichtet den Gesetzgeber zur Ausrichtung der Rechtsordnung in allen Bereichen auf den Schutz der Persönlichkeit. Hervorgehoben sei hier vor allem jener Aspekt der persönlichen Sicherheit, den der *Grundsatz der Freiheit von Angst* beschlägt.

Dieser ist nicht selber ein Individualrecht, sondern ein Teilgehalt des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde, der eine Reihe anerkannter individueller Ansprüche in ihrem Gehalt verstärkt. Er bewirkt eine Vorverlegung des Freiheitsschutzes, indem er nicht erst die Verletzung, sondern bereits die Bedrohung der Freiheit verpönt. Entsprechend richtet er sich auch vor allem an den Gesetzgeber. Ihn verpflichtet er zu Vorkehren, welche geeignet sind, die Verletzungsgefahr herabzusetzen: zu Verhütungsmaßnahmen. Beispielsweise haben dem Schutz vor Gefährdungen der körperlichen Integrität Maßnahmen der Unfallverhütung im Straßenverkehr zu dienen. Gefahren, die der sozialen Integrität des Menschen drohen, kann etwa mit folgenden vorbeugenden Maßnahmen begegnet werden: Zum Schutz der persönlichen Geheimsphäre ist der Handel mit Abhörgeräten zu verbieten. Zum Schutz der Privatsphäre und des persönlichen Bildes in der Öffentlichkeit ist die Errichtung von Datenbanken mit Angaben zur Person einer gesetzlichen Regelung zu unterstellen: Beispielsweise sind dem Betroffenen alle Eintragungen mitzuteilen, wobei ihm ein Recht auf Streichung oder Berichtigung falscher oder solcher Angaben zustehen muß, deren Verbreitung die Selbstbestimmung seines Persönlichkeitsbildes in der Öffentlichkeit auf unzumutbare Weise beeinträchtigen; über Mitteilungen an Dritte ist dem Betroffenen Meldung zu erstatten; für die Sicherung der Datenbanken vor Mißbrauch und für ihre laufende Kontrolle ist eine besondere Behörde einzusetzen[5]. Dem Schutz der Privatsphäre dienen aber auch etwa Vorschriften über die Schallisolation im Wohnungsbau. Ferner hat der Gesetzgeber den Persönlichkeitsschutz im Privatrecht auszubauen. Schließlich obliegt ihm die Aufgabe, den kol-

[5] Ähnliche Forderungen erheben die beiden parlamentarischen Initiativen von Nationalrat Gerwig zum Persönlichkeits- und Datenschutz vom 22. März 1977 (Übersicht über die Verhandlungen der Bundesversammlung I/II 1977, Nr. 40 und 41).

lektiven Bedrohungen der modernen Gesellschaft zu begegnen, z. B. der epidemischen Ausbreitung der Drogensucht, den Gefahren der Kernenergie oder der Gefährdung der natürlichen Umwelt.

Unter dem Gesichtspunkt der *Freiheit von Not* obliegt dem Gesetzgeber die Aufgabe der Vorsorge für die Wohlfahrt aller und für den Schutz der Schwachen. Dazu sind die bestehenden Sozialwerke auszubauen. Die Politik der Einkommensverteilung ist auf den Grundsatz der Solidarität auszurichten. Für Härtefälle, vor allem für Menschen am Rande der Gesellschaft, sind besondere Hilfen notwendig. Beispielsweise sind Gefangene im Strafvollzug für ihre Arbeit angemessen zu entlöhnen, ungeachtet der Kosten, die sie der Anstalt verursachen[6]; für Strafentlassene sind Steuerbefreiungen vorzusehen; das prozessuale Armenrecht sollte dem Bedürftigen nicht bloß die Stundung, sondern den Erlaß der Prozeßgebühren gewähren.

Das *Recht auf Bildung* bedarf einer angemessenen Bundeskompetenz; es ist so auszugestalten, daß neben der wirtschaftlichen auch die kulturelle Entfaltung und die Fähigkeit zur Arbeit an den Problemen der modernen Gesellschaft gefördert wird. Dazu gehört auch der Ausbau der Erwachsenenbildung.

Die *Gleichheit in der Würde* hat kein eigenes Anwendungsgebiet, in welchem sie konkretisiert werden kann, wie dies für die persönliche Freiheit und Sicherheit möglich ist. Das Gleichbehandlungsgebot bleibt eine allgemeine Richtlinie, die den Gesetzgeber verpflichtet, alle Menschen in bezug auf die Möglichkeiten persönlicher Entfaltung gleich zu stellen. Das daraus ableitbare Willkürverbot verpflichtet den Gesetzgeber zum Erlaß einer rechtsstaatlichen Ordnung und insbesondere zu Verfahrensregelungen, die den Anforderungen der Menschenwürde als Selbstbestimmungs- und Teilnahmerecht entsprechen.

Als *Diskriminierungsverbot* und als *Richtlinie der Differenzierung* verpflichtet die Gleichheit in der Würde den Gesetzgeber, den Schutz persönlicher Rechtsgüter allen Menschen gleichermaßen zukommen zu lassen und ihnen gleiche Chancen der Würdeverwirklichung zu verschaffen. Dazu gehört die Gleichberechtigung der Frau mit dem Mann in bezug auf alle Teilgehalte der Menschenwürde, insbesondere im Bildungswesen, in der Arbeitswelt und in der Politik. Das Gleiche gilt für die Ausländer in der Schweiz, etwa bezüglich des Familiennachzugs oder des Berufs- und Kantonswechsels.

Dem Gesetzgeber obliegt ferner die Aufgabe der *Kompensierung faktischer Ungleichheiten* unter den Menschen, soweit sich daraus Hin-

[6] Vgl. die Petition Bingler (Aktion Strafvollzug) für einen einheitlichen Mindestlohn für alle Strafgefangenen (Amtl. Bull. NR 1976 1615 f.).

dernisse für die Würdeverwirklichung ergeben. Aus dem Bildungswesen sind Beispiele dafür die kompensatorische Förderung von Kindern unterer sozialer Schichten oder die Schulung von Ausländerkindern; aus dem Bereich der Wirtschaft die Mitsprache der Arbeitnehmer in der Personalpolitik der Unternehmung; aus der Regionalpolitik die Förderung der ländlichen Gebiete.

Die Aufgabe, dem *Mißbrauch gesellschaftlicher Macht* und der *Ausnutzung bestehender Machtgefälle* entgegenzutreten, verlangt den Erlaß von Mißbrauchgesetzen, beispielsweise gegen die Bodenspekulation zu Lasten der Öffentlichkeit und der Mieter, oder von sozialpolitischen Erlassen, etwa zum Miet- oder Arbeitsrecht. Dem Abbau wirtschaftlicher Ungleichheiten und gesellschaftlicher Abhängigkeiten kann in erster Linie die Steuerpolitik dienen; Mittel dazu sind beispielsweise die Erbschaftssteuer und die sozialgerechte Besteuerung des Einkommens, aber auch der interkantonale Finanzausgleich. Dem Schutz sozialer Minderheiten und Randgruppen kommt unter diesem Gesichtspunkt ebenso Bedeutung zu wie der Gleichstellung der Frau und des Ausländers.

Leitlinie der Gesetzgebung zur Gleichheit in der Würde ist das *Solidaritätsprinzip;* dieses gilt ebenso im privaten wie im öffentlichen Recht. Bei den hängigen Revisionen der Zivilrechtskodifikation ist daher jeweils zu prüfen, welche zwingenden Bestimmungen aus Gründen der Solidarität erforderlich sind. Im Kindschaftsrecht ist bereits ein wichtiger Schritt in dieser Richtung getan worden, im Eherecht steht ein anderer bevor. Das Solidaritätsprinzip ruft aber auch nach einer Verbesserung des Schutzes benachteiligter Vertragspartner vor Übervorteilung (Art. 21 OR) und Rechtsmißbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB).

Die *Würde der Gesellschaft* ist am wenigsten geeignet, konkrete Richtlinien für die Entscheidung im Einzelfall abzugeben. Sie setzt sich aus der Verwirklichung der bereits angeführten Grundsätze zusammen. Zudem liegt die Öffnung der Gesellschaftsstrukturen und die Erziehung der Bürger zur Mündigkeit nur beschränkt in der Macht des Gesetzgebers. Dieser kann jedoch das Seine dazu beitragen, wenn er seine Kompetenzen mit der geforderten gewissenhaften Güterabwägung wahrnimmt.

Hier ist nicht der Ort einer Kritik an Verfahren und Methode der Gesetzgebung in der Schweiz. Es kann jedoch nicht übersehen werden, daß die Praxis der Rechtsetzung aus der Warte der geforderten Grundsätzlichkeit viel zu wünschen übrig läßt. Den verantwortlichen Politikern fehlt oft jenes Erkenntnisinteresse, das Antrieb eines Verfahrens sein könnte, welches den Problemen auf den Grund geht und

einen Entscheidungsprozeß gestattet, in welchem die wirklichen politischen Interessen ausgetragen werden. Die Würde der Gesellschaft setzt aber voraus, daß die Willensbildung im Staat auf einen vernünftigen Konsens möglichst aller Betroffenen hin angelegt wird. Ein solcher Konsens ist jedoch nur in bezug auf verallgemeinerungsfähige Interessen möglich, d. h. Bedürfnisse, die sich in rationaler Auseinandersetzung als solche erweisen, die von allen geteilt werden. Aufgabe solcher Auseinandersetzung wäre, „die Verallgemeinerungsfähigkeit von Interessen zu prüfen, statt vor einem undurchdringlichen Pluralismus scheinbar letzter Wertorientierungen (oder Glaubensakte oder Einstellungen) zu resignieren"[7]. Der pluralistische Kompromiß aber, auf dem unsere Gesetzgebung im wesentlichen beruht, läßt sich nur soweit rechtfertigen, als der Versuch der Verallgemeinerung der Interessen scheitert. Er ist dann legitim, wenn er unter den Voraussetzungen eines Machtgleichgewichts der beteiligten Parteien und der Nicht-Verallgemeinerungsfähigkeit der verhandelten Interessen zustande kommt[8].

Die Würde der Gesellschaft verlangt vom Gesetzgeber vor allem die Ausrichtung seiner Tätigkeit auf drei verwandte Ziele:

Zum *Abbau der Kulturlücke* kann er beitragen, indem er seine Arbeit dem Volke einsichtig und verständlich macht und es zur Mitwirkung an der Lösung der Gesellschaftsprobleme beizieht[9].

Ferner kann er zur allgemeinen Fähigkeit der Problemerfassung und -lösung beitragen, indem er die Wissenschafts- und Bildungspolitik des Staates vermehrt auf die Bedürfnisse des Menschen und auf die anstehenden Gesellschaftsprobleme ausrichtet.

Die *Humanisierung von Technik und Bürokratie* verlangt vom Gesetzgeber in erster Linie, daß er sich beider Mittel bewußter bedient, d. h. sie für möglichst deutlich vorentschiedene Ziele einsetzt und anhand dieser Ziele kontrolliert. Er verfehlt seine Aufgabe dann, wenn er dem Fachmann nur sachbestimmte Aufträge erteilt und die normative Orientierung nicht oder zu wenig klar vorgibt. Bei der Überprüfung technokratisch oder bürokratisch erarbeiteter Lösungsvorschläge obliegt dem Gesetzgeber sodann die Pflicht, diese auf die Berechtigung geltend gemachter Praktikabilitätsinteressen hin zu untersuchen.

---

[7] *J. Habermas,* Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, S. 149.

[8] Ebd., S. 155.

[9] Diesem Ziel entspricht es jedenfalls nicht, wenn die Unterschriftenzahlen für Initiative und Referendum erhöht werden (vgl. die Bundesbeschlüsse über die Erhöhung der Unterschriftenzahl für das Referendum (BBl 1977 I 1372) und für die Verfassungsinitiative (ebd., S. 1374) vom 25. März 1977) und zugleich eine Frist für die Einreichung von Volksinitiativen eingeführt wird (vgl. Art. 71 des Bundesgesetzes über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976, BBl 1976 III 1450 ff., 1468).

Die *Wahrung und Förderung der Lebensqualität* schließlich stellt die höchsten Anforderungen an die Reife des politischen Entscheidungsprozesses. Sie verlangt eine Umwertung der überkommenen Gesellschaftsziele, die sich insbesondere auf die geltende Wirtschaftsverfassung auswirken muß. Forderungen wie jene nach der Begrenzung des Wirtschaftswachstums oder nach der Planung der gesellschaftlichen Entwicklung überhaupt setzen einen hohen Grad von Mündigkeit voraus.

Die Verwirklichung gesellschaftlicher Würde hängt letztlich von der Wachsamkeit aller ab und bedingt die Entwicklung der Fähigkeit, die Probleme der Gegenwart gesamthaft zu erkennen und den Anforderungen der Menschenwürde entsprechend zu lösen.

342 Richtlinien für die Rechtsprechung

Während der Gesetzgeber im Rahmen bestehender oder neu zu schaffender Kompetenznormen frei ist, die Rechtsordnung nach Maßgabe der verfassungsrechtlichen Güterabwägung zu gestalten, ist der Richter an die vorgegebenen Rechtsnormen gebunden und kann die Güterabwägung nur innerhalb jenes Spielraums vornehmen, der vom Gesetz vorgezeichnet ist. Das Rechtsstaatsprinzip, das den Gesetzgeber zu möglichst klarer und ausgewogener Regelung verpflichtet, verlangt vom Richter, daß er sich streng an diese Regelung halte. Die relative Unbestimmtheit der meisten Normen verlangt jedoch, daß auch bei der Rechtsanwendung die grundsätzlichen Verfassungsgehalte im Rahmen der juristischen Methodik weiter konkretisiert werden. Besonders umfassend ist diese Gestaltungsaufgabe dort, wo Grundrechte vom Gesetzgeber nicht oder ungenügend ausgeführt worden sind.

Das *Selbstbestimmungsrecht* des einzelnen gewährleistet diesem in erster Linie die Freiheit vor ungerechtfertigtem staatlichem Zwang[10]. Der Gehalt dieser Freiheit ergibt sich aus der Abwägung der sich gegenüberstehenden Rechtsgüter. Diese muß auch innerhalb eines besonderen Gewaltverhältnisses vorgenommen werden. Eingriffe in die persönliche Freiheit des Gewaltunterworfenen bedürfen zwar keiner besonderen gesetzlichen Grundlage, sofern sie sich notwendigerweise aus dem Gewaltverhältnis ergeben[11]. Die Notwendigkeit des Eingriffs darf jedoch nicht bloß mit Praktikabilitätserwägungen innerhalb eines Zweck-Mittel-Schemas begründet werden; die Freiheitsbeschränkung muß sich aus der Gegenüberstellung der Eingriffszwecke und der persönlichen Rechtsgüter rechtfertigen lassen.

---

[10] Vgl. BGE 45 I 119 ff., 133; 52 I 353 ff., 364.

[11] BGE 97 I 45 ff., 52.

Das *Recht auf Information* schützt den Bürger in der Freiheit, sich Kenntnis über das Geschehen in seiner näheren und weiteren Umgebung zu verschaffen[12]. Unter den extremen Bedingungen des Freiheitsentzugs verpflichtet es den Staat, die erforderlichen Leistungen zu erbringen, damit der Gefangene sich angemessen informieren kann. Ein offizielles Radioprogramm, das in alle Zellen vermittelt wird, mag diesen Ansprüchen genügen, wenn es wohl ausgewogen ist und wenn keine sprachlichen Minderheiten unter den Insassen dadurch benachteiligt werden. Jedoch handelt es sich hier nicht nur um „moderne Lockerungen, die der Staat als Träger des Gefängniswesens nach seinen finanziellen und personellen Möglichkeiten einführen kann"[13], sondern um Pflichten des Staates, die er im zumutbaren Umfang zu erfüllen hat.

Das *Recht auf Kommunikation* gewährt dem einzelnen die Freiheit, Beziehungen zu seinen Mitmenschen anzuknüpfen[14]. Die Einzelhaft mit absolutem Besuchsverbot ist eine äußerst schwerwiegende Beeinträchtigung dieses Rechts, die sich kaum je durch ein öffentliches Interesse rechtfertigen läßt[15]. Aber auch übliche Regeln für gewöhnliche Gefangene, die in der Untersuchungshaft einen Besuch pro Woche zu nur einer Viertelstunde oder während des Strafvollzugs monatlich zwei Besuche zu einer Stunde gestatten, bringen eine kaum zumutbare Einschränkung des sozialen Kontakts. Den unterschiedlichen Bedürfnissen und Möglichkeiten der einzelnen Insassen ist dadurch Rechnung zu tragen, daß das Besuchsrecht in allen Fällen auf mindestens eine Stunde pro Woche ausgedehnt wird, auch wenn nicht alle Gefangenen dieses Recht in vollem Umfang nutzen können.

Eine Beschränkung des Briefverkehrs aus Gründen des Zensuraufwandes läßt sich grundsätzlich nicht rechtfertigen. Der schriftliche Kontakt ist der Minimalersatz für die Bewegungs- und Kontaktfreiheit, welche dem Gefangenen entzogen worden ist. Das Korrespondenzrecht wird unter diesen Umständen zum elementaren Ausdruck der sozialen Integrität. Zudem ist das Bedürfnis nach Briefverkehr von Person zu Person so verschieden, daß eine gerechte Regel kaum möglich ist. Der Grundsatz der unbeschränkten Korrespondenz ist unmittelbar aus der Menschenwürde und der persönlichen Freiheit abzuleiten und verpflichtet auch die Kantone[16]. Ausnahmen von der Freiheit der Korres-

[12] BGE 97 I 839 ff., 842.

[13] BGE 99 I a 262 ff., 285.

[14] BGE 97 I 839 ff., 842.

[15] Vgl. BGE 101 I a 46 ff., 53. Als Disziplinarstrafe ist die Einschließung in eine Arrestzelle unter diesem Gesichtspunkt fragwürdig. Wird der Arrest noch mit Kostschmälerung und mit dem Entzug elementarster Beschäftigungsmöglichkeiten (Bücher, Papier, Schreibzeug, Zigaretten) verbunden oder in unhygienischen Zellen vollzogen, so ist er verfassungsrechtlich nicht haltbar.

pondenz — die freilich der Zensur unterliegt —, sind nur gerechtfertigt, um Mißbrauch zu verhindern.

Eine besondere Ausgestaltung des Kommunikationsrechts ist die *Sprachenfreiheit,* d. h. die Befugnis zum Gebrauch der Muttersprache[17]. Diese Freiheit erlangt im Lichte der Menschenwürde große Bedeutung für die geistige und soziale Integrität des Menschen; in Verbindung mit dem Recht auf Bildung verleiht sie dem einzelnen einen Anspruch auf Schulbildung in der Muttersprache. Solange zum Bildungswesen eine umfassende Bundeskompetenz fehlt, bedeutet die Sprachenfreiheit im Rahmen bestehender Bildungseinrichtungen immerhin ein Verbot sprachlicher Diskriminierung: Mitglieder einer sprachlichen Minderderheit haben Anspruch auf gleichwertige Ausbildung in ihrer Muttersprache, soweit sie zahlreich genug sind, daß ihre Schulung mit angemessenem Aufwand durchgeführt werden kann. Die Güterabwägung zwischen der Sprachenfreiheit und Artikel 116 Absatz 1 BV, der den Bestand der vier Nationalsprachen der Schweiz gewährleistet, kann jedenfalls nicht einseitig zugunsten der Homogenität der Sprachgebiete ausfallen. Solange der Bestand einer Sprache nicht gefährdet ist, sollte es genügen, wenn die Minderheiten verpflichtet werden, die Sprache der Mehrheit zu lernen, und wenn in der Oberstufe der Volksschule und in höheren Schulen ein Teil der Fächer allein in dieser Sprache unterrichtet wird[18].

Menschenwürde als *Teilnahmerecht,* das sich auch auf das öffentliche Geschehen bezieht, liefert auch Gesichtspunkte zu Fragen wie dem Verbot politischer Aktionen auf öffentlichem Grund an Sonntagen. Die Abwägung zwischen dem Gut der Sonntagsruhe und jenem der Mitbestimmung am politischen Geschehen darf nicht einseitig zugunsten des ersteren ausfallen. Es wäre beispielsweise zu differenzieren zwischen hohen Feiertagen und Abstimmungssonntagen oder zwischen Demonstrationen und Unterschriftensammlungen. Die ungleiche Behandlung von politischen Veranstaltungen einerseits und Sportveranstaltungen oder Schießübungen anderseits fördert jedenfalls eine Entpolitisierung des Bürgers, die sich verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen läßt[19].

Menschenwürde als *persönliche Sicherheit* gewährleistet dem einzelnen den öffentlich-rechtlichen Schutz der Persönlichkeit. Dieser gilt freilich nicht unbeschränkt und vermag beispielsweise das Ehrgefühl oder den guten Ruf des Bürgers nicht gegen jedes Verwaltungshandeln,

---

[16] A. M. BGE 99 I a 262 ff., 286 E. 13 a und b; vgl. aber für den Bundesstrafprozeß BGE 97 IV 70 ff., 72.

[17] BGE 91 I 480 ff., 486.

[18] A. M. BGE 91 I 480 ff., 492; vgl. BGE 100 I a 462 ff., 471.

[19] A. M. BGE 102 I a 50 ff., 55 f. E. 4 a.

das eine Beeinträchtigung des Ansehens des Betroffenen mit sich bringt, zu schützen[20]. Anderseits bringt der öffentlich-rechtliche Persönlichkeitsschutz doch mehr als das Willkürverbot in seinem üblichen Gehalt: In der Ausübung ihres Ermessens hat die Behörde die Persönlichkeitsgüter des Bürgers zu berücksichtigen und darf sie nur beeinträchtigen, soweit dies die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe erfordert. Der Schutz der Persönlichkeit verpflichtet die Behörde insbesondere zur persönlichkeitsorientierten Interpretation der einschlägigen Rechtsnormen und zur Achtung des Betroffenen in ihren Stellungnahmen, beispielsweise den Leumunds- und Führungsberichten.

Der *Grundsatz der Freiheit von Angst* kann vom Richter in erster Linie nach Maßgabe der gesetzlichen Konkretisierung zur Geltung gebracht werden. Daneben bedeutet dieser Grundsatz, daß bei der Güterabwägung nicht nur aktuelle Verletzungen, sondern auch Gefährdungen mit einzubeziehen sind. Rechtserheblich sind nicht nur Handlungen und Umstände, die eine konkrete Verletzung der persönlichen Integrität darstellen, sondern bereits solche, die eine Gefahr der Verletzung schaffen. Beispielsweise mag man den Verzicht auf ein Amtsblatt und die Publikation amtlicher Mitteilungen in politischen Tageszeitungen noch nicht als Verletzung des Informationsrechts werten, wird darin jedoch eine Gefährdung erblicken müssen[21]. In der Praxis wird freilich der Übergang von der Gefährdung zur leichten Verletzung fließend sein. Die geforderte Ausdehnung des Schutzbereichs wird vor allem bewirken, daß sich der Kreis legitimierter Beschwerdeführer erweitert.

Menschenwürde als persönliche Sicherheit umfaßt schließlich auch das *Recht auf Fürsorge*, das sich aus der Wohlfahrtsaufgabe des Staates und der Solidaritätspflicht der Mitmenschen ergibt. Dieses Recht scheidet aus dem allgemeinen sozialpolitischen Auftrag des Staates jenes Existenzminimum aus, welches Voraussetzung elementarer persönlicher Entfaltung bildet[22]. Im Rahmen der Rechtsvorschriften zur Fürsorge kommt diesem Individualanspruch freilich nur mehr die Aufgabe zu, Diskriminierungen zu verhindern. Es kann damit ebenso dem Grundsatz der *Gleichheit in der Würde* zugeordnet werden.

Das *Willkürverbot* wird durch den Bezug zur Menschenwürde erweitert:

Als Anspruch auf Teilnahme und auf Einwirkung auf das Ergebnis erlangt das *rechtliche Gehör* beispielsweise in seiner Ausgestaltung als

---

[20] Anders BGE 100 I a 189 ff., 194 E. 3 d, wo die persönliche Freiheit als Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Persönlichkeitsschutzes abgelehnt wird.

[21] Vgl. BGE 98 I a 409 ff., 414 E. 4.

[22] Vgl. vorne Ziffer 265.6 und *J. P. Müller*, Soziale Grundrechte, S. 896 ff.

Recht auf Akteneinsicht eine neue Bedeutung: Die Behörde hat von sich aus dafür zu sorgen, daß dem Bürger alle Entscheidungsgrundlagen am Schluß des Verfahrens bekannt sind. Das bedingt, daß sie ihn über Aktenstücke, von deren Existenz er nichts weiß, unterrichtet. Insbesondere hat ihm die Behörde mitzuteilen, welche Stellungnahmen und Berichte sie eingeholt hat. Soweit sie diese nicht herausgeben kann, muß sie deren wesentlichen Inhalt darlegen. Einsicht in die Akten ist somit nicht nur auf Verlangen zu gewähren, sondern anzubieten[23]. Grundsätzlich erstreckt sich diese Offenbarungspflicht auch auf Berichte verwaltungsinterner Fachstellen, auf die sich die zuständige Behörde stützen will[24], und auf interne Weisungen oder Richtlinien, welche dazu dienen, die Praxis anzuleiten. Dem Betroffenen dürfen keine Grundlagen des Entscheids, seien sie tatsächlicher oder rechtlicher Natur, vorenthalten werden[25].

Die *amtliche Verteidigung* dient zwar grundsätzlich der Verstärkung des rechtlichen Gehörs[26], doch kann sie dann, wenn das Vertrauensverhältnis des Beschuldigten zu seinem Vertreter gestört ist, auch eine Einschränkung des Teilnahmeanspruchs bedeuten. Jedenfalls darf die amtliche Verteidigung nie die persönlichen Verteidigungsrechte des Beschuldigten ersetzen. Ein Pflichtverteidiger darf diesem nur dann gegen seinen Willen aufgezwungen werden, wenn das Prozeßrecht ihm selber das Recht auf Akteneinsicht, das Antragsrecht, das Recht, bei Zeugeneinvernahmen Ergänzungsfragen anzubringen, und das Schlußwort zugesteht[27]. Es genügt nicht, daß der Beschuldigte „alles, was er vorbringen will, über seinen Verteidiger" geltend machen kann[28].

Die Praxis, wonach die *Verweigerung des rechtlichen Gehörs in erster Instanz* dann geduldet wird, wenn der Betroffene seine Mitwirkungsrechte noch vor einer oberen Instanz, der freie Kognition in Rechts- und Sachfragen zusteht, ausüben kann, bedeutet eine unzulässige Verkürzung der Partizipationsrechte des Bürgers[29]. Das zweitinstanzliche Gericht findet stets eine abschließende Tatbestandswürdigung vor, die eine unvoreingenommene neue Prüfung wesentlich erschwert; zudem sind obere Instanzen, auch bei voller Kognitionsbefugnis, nicht gewohnt, Fälle von Grund auf zu erarbeiten. Schließlich be-

---

[23] Anders BGE 96 I 606 ff., 610 für das Verwaltungsverfahren im Bund.

[24] A. M. BGE 101 I a 309 ff., 311.

[25] Vgl. dazu die Pflicht des Strafrichters, dem Beschuldigten mitzuteilen, welche Strafen und Maßnahmen in Betracht fallen: BGE 101 I a 292 ff., 296 f.

[26] Vgl. BGE 102 I a 88 ff., 90 E. 2 b, zum Recht auf unentgeltlichen Rechtsbeistand aufgrund von Art. 4 BV.

[27] Vgl. BGE 95 I 356 ff., 362.

[28] So aber BGE 102 I a 196 ff., 199.

[29] A. M. BGE 96 I 184 ff., 188.

deutet der Instanzenzug eine gesetzliche Ausgestaltung des rechtlichen Gehörs zu einem mehrstufigen Mitwirkungs- und Kontrollrecht, das bei Wegfall der ersten Instanz empfindlich beeinträchtigt wird. Die Achtung vor dem Betroffenen gebietet, daß alle Verfahrenshandlungen, die unter Verletzung des rechtlichen Gehörs zustande gekommen sind, aufgehoben, und — soweit nachholbar — aus den Akten ausgesondert werden. Das Verfahren muß an jenem Punkt in erster Instanz wieder aufgenommen werden, wo der Fehler geschehen ist.

Alle Verfahrensregeln (des Strafprozeßrechts), die der Ausgestaltung von Artikel 4 BV dienen, verfolgen im Sinne der Freiheit von Angst den Zweck, den Betroffenen gegen die Gefahr staatlichen Machtmißbrauchs zu schützen[30]. Gegen den Mißbrauch der Verfahrensherrschaft durch den Richter wendet sich vor allem dessen *Pflicht zu Fairneß und Takt* den Beteiligten gegenüber. Diese Pflicht verletzt der Richter, der dem Rechtsunkundigen, der sich umständlich ausdrückt, die mangelnde Beherrschung der Rechtssprache zum Nachteil gereichen läßt[31]. Dasselbe gilt für den Richter, der am Schluß der Verhandlung den Verurteilten oder Unterlegenen, der noch unter dem Eindruck der Urteilsbegründung steht, anfrägt, ob er bereit sei, auf eine Weiterziehung des Entscheids zu verzichten[32]. Ebenso läßt es die Fairneß nicht zu, die Pflicht des Richters zur Belehrung des Zeugen über sein Recht zur Verweigerung der Aussage als bloße Ordnungsvorschrift aufzufassen[33]. Ausnahmen von der Belehrungspflicht sollten gesetzlich vorgesehen sein; selbst dann bleibt die Annahme, der Zeuge hätte auch trotz der Belehrung falsch ausgesagt, ein fragwürdiger Ausnahmegrund: Soweit hierfür bereits zur Zeit der Verhandlung Anhaltspunkte gegeben sind, verpflichtet der Grundsatz der Freiheit von Angst den Richter, dem Zeugen den Gewissenskonflikt möglichst zu ersparen und ihn, wo das Verfahrensrecht es zuläßt, bloß als Auskunftsperson anzuhören; ist nämlich die Annahme begründet, so ist dem Interesse an der Wahrheitsfindung mit der Zeugenaussage nicht besser gedient.

Die Anerkennung des Betroffenen als Verfahrenssubjekt macht ferner die *Rechtsmittelbelehrung* zum unerläßlichen Bestandteil einer auf ordentlichem Wege anfechtbaren Verfügung. Entgegen der bisherigen Praxis des Bundesgerichts[34] bildet das rechtliche Gehör als Teilnahmerecht einen ungeschriebenen bundesrechtlichen Grundsatz, wonach der Verfügungsempfänger auf Möglichkeit und Form der Weiterziehung

---

[30] In diesem Sinne BGE 95 I 1 ff., 4; 96 I 617 ff., 620.

[31] Solche Formenstrenge bedeutet oft zugleich einen überspitzten Formalismus: BGE 96 I 110 ff., 115.

[32] Vgl. BGE 93 II 213 ff., 220 f.

[33] Vgl. BGE 86 I 86 ff., 91.

[34] Vgl. BGE 98 I b 333 ff., 337 f. E. 2 a.

des Entscheids hingewiesen werden muß. Zumindest gegenüber dem Rechtsunkundigen bedeutet die Unterlassung der Rechtsmittelbelehrung einen objektiven Mißbrauch der Verfahrensherrschaft und der Entscheidungsbefugnis der zuständigen Behörde. Die Fairneß gebietet, daß diese dem Betroffenen kundtut, daß sie nicht alleinige und oberste Urteilsmacht über ihn besitzt, sondern der Kontrolle höherer Instanzen untersteht, die er anrufen kann. Rechtsfolge der Unterlassung muß zumindest sein, daß dem Betroffenen das Recht zuerkannt wird, Mängel der Verfügung auch noch gegen Vollzugsakte geltend zu machen. Wo Vollzugshandlungen nicht nötig sind — etwa bei der Verweigerung einer Bewilligung — ist die Behörde jedenfalls zu verpflichten, jederzeit auf ein Wiedererwägungsgesuch einzutreten. Dem Gebot der Rechtssicherheit ist etwa dadurch Rechnung zu tragen, daß subjektive Rechte Dritter, die durch die Verfügung begründet werden, dennoch zu schützen sind[35], während der Benachteiligte allenfalls auf die Staatshaftung zu verweisen ist.

Aus der Anerkennung der Subjektqualität folgt schließlich auch die Pflicht der Behörden, die *Legitimation* dessen, der geltend macht, durch eine Verfügung oder einen Entscheid in seinen persönlichen Verhältnissen betroffen zu sein, nach Möglichkeit zu bejahen. Für das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde bedeutet dies die Zulassung von Beschwerden, die sich nicht auf eine besondere anerkannte Rechtsstellung berufen, sondern bloß materielle Willkür geltend machen[36]. Denn die Willkürrüge macht stets den Achtungs- und Rationalitätsanspruch geltend, der jedermann aufgrund seiner Menschenwürde zusteht.

Damit ist auch zur Frage Stellung bezogen, ob die Willkürbeschwerde nur bei Verletzung von Rechtsnormen zulässig sei, die den Schutz des einzelnen bezwecken, oder auch dann, wenn die fragliche Regelung nur im öffentlichen Interesse liegt: Sobald der Beschwerdeführer persönlich in schützenswerten Interessen betroffen ist, bedeutet jede offensichtliche Rechtsverletzung eine Beeinträchtigung seiner Menschenwürde. Dogmatische Konstruktionen über den Schutzzweck von Rechtsnormen, wonach etwa ein Wahlverfahren nur öffentlichen Interessen, nicht aber jenen der Bewerber diene[37], erweisen sich damit als unhaltbare Grundrechtsbeschränkungen.

In der bisherigen Rechtsprechung verpflichtet das *materielle Willkürverbot* die Behörden auf die geltenden Rechtsnormen und Rechts-

---

[35] Vgl. BGE 97 I 881 ff., 886.

[36] Vgl. dazu vorne Ziffer 225.3 zur Legitimation des Ausländers im Verfahren um Erteilung der Aufenthaltsbewilligung.

[37] So BGE 98 I a 653 ff., 654.

grundsätze[38] und stellt bestimmte Mindestanforderungen an die sachliche Rationalität behördlichen Handelns: Jeder Entscheid muß sich auf ernsthafte Gründe stützen, darf nicht sinn- oder zwecklos sein oder Unterscheidungen treffen, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden tatsächlichen Verhältnissen nicht ersichtlich ist[39]. Der Grundsatz der Menschenwürde verfeinert diese Anforderungen in dem Sinne, daß neben die sachliche auch die *intersubjektive Rationalität* zu treten hat. Ein Entscheid muß nicht nur der rechtlichen Überprüfung nach Kriterien einer objektiven Rationalität -- d. h. nach dem Verständnishorizont der übergeordneten Kontrollinstanz -- standhalten, sondern er muß nach Form und Inhalt geeignet sein, eine vernünftige Antwort auf die Vorbringen des Betroffenen darzustellen. Dessen Teilnahmerecht am Verfahren setzt sich im Rationalitätsanspruch gegenüber dem Entscheid in der Sache fort.

Dieser *Rationalitätsanspruch* gründet unmittelbar auf der Menschenwürde des Bürgers. Von da her erscheint die *Aberkennung der Prozeßfähigkeit* als schwerer Eingriff in die Würde des Betroffenen, der eine sorgfältige Abklärung der Urteils- und Handlungsfähigkeit im Einzelfall erfordert. Es wäre nicht zulässig, einem Beschwerdeführer diese Fähigkeit schon deshalb abzusprechen, weil ein Gutachten ihn vor Jahren als psychopathischen Querulanten bezeichnet hat. Auch eine Würdigung früherer Verfahren, die der Betreffende vor dem angerufenen Gericht eingeleitet hat, kann nicht genügen, um seine Urteilsunfähigkeit im hängigen Verfahren gültig darzutun. Vollends kann die Feststellung nicht hinreichen, daß der Beschwerdeführer sein eigenes Recht meist falsch beurteilt hat[40]. Die Achtung vor der Menschenwürde des Betroffenen gebietet, daß dessen Beschwerde wo immer möglich nicht wegen mangelnder Prozeßfähigkeit, sondern wegen trölerischer Prozeßführung oder offensichtlicher Unbegründetheit der Vorbringen zurückgewiesen wird. Dafür spricht auch, daß dann, wenn keiner der letztgenannten Gründe gegeben ist, nicht nur die Gefahr der Rechtsverweigerung, sondern auch jene des Justizirrtums besteht.

Dem Rationalitätsanspruch des Bürgers entspricht die *Pflicht der Behörde zur Begründung ihres Entscheids*. Ein unbegründeter Entscheid kann demnach auch dann der Willkürrüge nicht standhalten, wenn die obere Instanz nachträglich dafür eine vertretbare Begründung zu liefern imstande ist. Denn der Bürger ist gleichzeitig in seinem Anspruch auf eine vernünftige Antwort und in seinem Recht auf den gesetzlich vorgesehenen Instanzenzug verletzt, wenn die Behörde nicht zu erkennen gibt, auf welche Beweiswürdigung und welche Rechtslage sie ihren

[38] Vgl. BGE 93 I 1 ff., 6.
[39] Vgl. BGE 91 I 81 ff., 84.
[40] Vgl. BGE 76 IV 142 ff., 143; 98 I a 324 ff. E. 3.

Entscheid stützt[41]. Der Bürger kann sein Kontrollrecht nur ausüben, wenn die Behörden ihm gegenüber zur Rechenschaft über ihre Entscheidungsgewalt verpflichtet werden. Das Willkürverbot gewährt dem einzelnen daher in Verbindung mit dem Grundsatz der Menschenwürde einen Anspruch auf Begründung jeder Verfügung und jedes Entscheides. Die Begründung kann in offensichtlichen oder Routinefällen knapp gehalten werden; sie kann allenfalls auch nur mündlich erfolgen. Beruft sich die Behörde jedoch darauf, die Entscheidgründe seien dem Betroffenen bereits aus den vorausgegangenen Verhandlungen bekannt, so obliegt ihr jedenfalls die Beweispflicht hiefür.

Die Rechtsfolge mangelnder Begründung muß die Rückweisung an die Vorinstanz sein. Dadurch wird freilich kaum mehr erreicht als mit der Aufforderung an die Vorinstanz, zur Beschwerde Stellung zu nehmen. Immerhin genügt es nicht, daß die Vorinstanz die Vorbringen des Beschwerdeführers zur Sache widerlegt; sie muß vielmehr dazu angehalten werden, ihren Entscheid zu rechtfertigen. Dem Beschwerdeführer kann ja auch nicht zugemutet werden, sein Rechtsmittel auf sachliche Rügen gegen unbekannte Erwägungen zu stützen. Vielmehr muß es genügen, wenn er sich auf das Fehlen der Begründung beruft. Zudem wäre es bedenklich, den unteren Instanzen zu gestatten, die Begründung im Beschwerdeverfahren nachzuholen, weil sich auf diese Weise die Praxis ausbilden könnte, wonach Entscheide nur begründet werden, wenn der Betroffene die Beschwerde dagegen ergreift.

Aus dem Rationalitätsanspruch des Bürgers folgt, daß die Behörde seine *Vorbringen prüfen*[42] *und* in der Begründung des Entscheids *beantworten* muß. Unzutreffende Ansichten zur Sach- oder Rechtslage dürfen nicht übergangen werden, wenn sich ihre Widerlegung aus den Erwägungen der Behörde nicht in offensichtlicher Weise ergibt[43]. Dies folgt aus dem Antwortcharakter des Entscheids. Ebenso muß die Behörde — zumindest bei umfangreicheren Verfahren — dartun, inwiefern sie die Vorbringen des Bürgers bei ihrer Entscheidung berücksichtigt hat.

Der einzelne hat ferner Anspruch darauf, daß die zuständige Behörde ihre Prüfungsbefugnisse voll ausnützt. *Kognitionsbeschränkungen* unter den gesetzlich umschriebenen Rahmen sind willkürlich[44]. Dies gilt grundsätzlich auch für das Bundesgericht, wenn es Grundrechtsverlet-

---

[41] In diesem Sinne BGE 101 I a 46 ff., 48 f.; 298 ff., 305; anders jedoch BGE 96 I 718 ff., 723 f., der durch die neueren Entscheide nicht als überholt erklärt wird.

[42] So BGE 87 I 100 ff., 110.

[43] Anders der zweite Filmklub-Entscheid des Bundesgerichts, ZBl 64 (1963) 363 ff., 365.

[44] So BGE 101 I a 46 ff., 57.

zungen, die nicht besonders schwer wiegen, nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür prüft. Soweit diese Kognitionsbeschränkung nur die Frage der Vereinbarkeit kantonaler Anwendungsakte mit kantonalen Gesetzen betrifft, läßt sie sich allenfalls mit föderalistischen Rücksichten rechtfertigen. Immerhin zählt das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage mit jenem des öffentlichen Interesses und der Verhältnismäßigkeit zu den wichtigsten rechtsstaatlichen Voraussetzungen für zulässige Eingriffe in ein Grundrecht; es ist daher zu fordern, daß der materielle Gehalt der Grundrechte nicht auf dem Umweg über Kognitionsbeschränkungen bei der Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen eingeschränkt wird.

Im Rahmen der gesetzlichen Überprüfungsbefugnisse ist der Richter ebenso wie der Gesetzgeber zu *umfassender verfassungsrechtlicher Güterabwägung* verpflichtet[45]. Auch er hat dabei Praktikabilitätsinteressen grundsätzlich den Anforderungen der Verfassungsrechtsgüter unterzuordnen. Dieses Prinzip hat beispielsweise als Leitlinie zu dienen, wenn für den Strafvollzug zu bestimmen ist, welcher Aufwand „in einem vernünftigen Verhältnis" zur Verwirklichung von Grundrechtsansprüchen der Gefangenen steht[46]. Zur Vermeidung schwerer Grundrechtsbeeinträchtigungen muß allenfalls zusätzliches Anstaltspersonal angestellt werden[47].

Die *Rechtsgleichheit* als absolutes Gleichbehandlungsgebot verpflichtet den Richter, im Rahmen der gesetzlichen Regelung allen Bürgern die gleiche Chance der Grundrechtsverwirklichung zu gewähren. Darüber hinaus ist Rechtsgleichheit auch entgegen (kantonaler) gesetzlicher Regelung vom Richter durchzusetzen, wo das Gesetz unzulässige Diskriminierungen schafft. Justiziabel sind solche freilich nur in beschränktem Umfang. So kann der Richter zwar etwa nach dem Grundsatz der Waffengleichheit die völlige Gleichstellung in der gerichtlichen Auseinandersetzung unter Bürgern verwirklichen[48], soweit es um die Verfahrensrechte geht. Dabei kann er aber faktische Ungleichheiten unter den Parteien nur im Rahmen seiner Pflicht zur Fairneß, etwa durch Aufklärung des Rechtsunkundigen, auszugleichen versuchen. Gesetzliche Regelungen, die wie das administrative Versorgungsrecht Diskriminierungen schaffen, indem sie die Zugehörigkeit zu unterschiedlichen sozialen Klassen als rechtserhebliche Ungleichheit werten, kann er nicht aufheben. Wenn z. B. nach dem bernischen Gesetz über Erziehungs- und Versorgungsmaßnahmen der minderbemittelte Müßiggänger in eine Arbeitserziehungsanstalt eingewiesen werden kann, wenn er sich

[45] In diesem Sinne BGE 97 I 45 ff., 50.

[46] BGE 99 I a 262 ff., 272.

[47] BGE 102 I a 279 ff., 292.

[48] So das Bundesgericht in ZBl 65 (1964) 216 ff., 217 .

ökonomisch gefährdet, so stellt dieser Freiheitsentzug keine rechtsungleiche Behandlung gegenüber dem begüterten Müßiggänger dar, der in Freiheit belassen wird[49]. Immerhin hat der Richter bei der Interpretation des Begriffs der ökonomischen Gefährdung die im Gesetz angelegte Rechtsungleichheit dadurch nach Möglichkeit zu kompensieren, daß er dem Minderbemittelten die Freiheit beläßt, unter bescheidensten Verhältnissen zu leben, solange dies keine schwere Gefährdung seiner Gesundheit oder der von ihm abhängigen Angehörigen bedeutet. Das öffentliche Interesse an der Abwendung der Fürsorgebedürftigkeit des Müßiggängers vermag dessen persönliche Freiheit nur zu überwiegen, wenn die Bedürftigkeit bereits gegeben ist und die Maßnahme geeignet ist, sie zu beheben.

Dem *Solidaritätsprinzip* hat der Richter schließlich vor allem dadurch Geltung zu verschaffen, daß er es in der Privatrechtsprechung zur Anwendung bringt. Als Verfassungsgrundsatz wirkt es sich vor allem auf Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe aus, die den Persönlichkeitsschutz und die partnerschaftliche Anerkennung der Vertragsparteien und Mitglieder von Vereinen und Gesellschaften betreffen. Das Solidaritätsprinzip liefert hier einen ergänzenden Interpretationsgrundsatz für die Praxis zu Treu und Glauben, Rechtsmißbrauch und Übervorteilung.

[49] So das Bundesgericht in ZBl 73 (1972) 143 ff., 146.

Leitsätze

1 Menschenwürde als Rechtsnorm ist in ihrem Gehalt als Minimalanspruch wie auch als programmatisches Leitbild mit Geltungsanspruch für die gesamte Rechtsordnung zu untersuchen, das in einer rechtspolitischen Spannung zu den übrigen Rechtsnormen steht.

Zum ersten Teil

Zum programmatischen Gehalt des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde

2 In einer ersten Annäherung an das Thema bedeutet der Grundsatz der Menschenwürde die Forderung der Bürger an den Staat, die Gesellschaft nach ihrem Menschenbilde mitzugestalten (Ziff. 112).

3 Der normative Gehalt des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde kann nur bestimmt werden im Lichte eines Entwurfes einer Gesellschaft menschenwürdigen Zusammenlebens; Dieser Entwurf aber muß sich als Fortbildung bereits heute verwirklichter Teilentwürfe erweisen (Ziff. 115).

4 Damit ist der wissenschaftliche Ansatz einer Untersuchung zur Menschenwürde nicht als selbstverständlich hinzunehmen (Ziff. 116); es gilt, das rechtspolitische Interesse, das notwendigerweise die ganze Arbeit durchdringt, und die dabei verwendete Arbeitsmethode wissenschaftstheoretisch zu legitimieren (Ziff. 117 und 12).

5 Rechtswissenschaft als „Theorie der praktischen Argumentation" muß als handlungsorientierende Wissenschaft verstanden werden (Ziff. 122).

6 Die hermeneutische Methode, welche die Rechtswissenschaft von den historischen Wissenschaften übernimmt, erfaßt nur einen Teil der juristischen Arbeit, da diese nicht nur auf Verständnis, sondern auf Entscheidung ausgerichtet ist (Ziff. 123.1).

7 Als verantwortlich Handelnder muß der Jurist sein Vorverständnis in seine Arbeit aufnehmen, es in der hermeneutischen Argumentation korrigieren und ergänzen und schließlich in ein juristisch und persönlich vertretbares Urteil überführen (Ziff. 123.3).

8 Recht als Friedensordnung ist eine Sprache, in welcher die Verständigung unter gegensätzlichen Interessenstandpunkten versucht werden kann; ein Verfahren, das auf dem Wege des Dialoges widerstreitende Kräfte einer vernünftigen Lösung zuführen soll (Ziff. 123.5). Normativ ist Recht zu verstehen als Weg friedlicher Einigung sozial konfligierender Gruppen und Einzelpersonen. Ob es diesem Anspruch gerecht wird, hängt von der Offenheit des Rechtsweges und der Angemessenheit der Rechtssprache ab (Ziff. 123.7).

9 Der Jurist steht immer mitten in dieser Auseinandersetzung und stellt selber einen Teil des dialektischen Prozesses dar. Damit hat er in weitestem Sinne politische Verantwortung zu tragen und ist daher der Rechtspflege schuldig, daß er seine Interessen und seine persönliche Einstellung auf ihre Voraussetzungen und Bedingungen hin untersuche (Ziff. 124).

10 Die Rechtswissenschaft insgesamt muß versuchen, die Grundinteressen aufzudecken, die in der Gesellschaft der Gegenwart aufeinanderstoßen (Ziff. 125). Rechtswissenschaft muß daher handlungsorientierendes Wissen, d. h. wertende wissenschaftliche Erkenntnis über die echten Konflikte in der Gesellschaft und ihre Lösung anbieten. Wo es — wie bei der Menschenwürde — um den Gehalt rechtsfortbildender Grundsätze geht, muß eine wissenschaftliche Anleitung gefunden werden, die erlaubt, Vorverständnisse und allgemeine Zielvorstellungen rational diskutierbar zu machen und Kriterien dafür anzugeben, welche Zielvorstellungen als „richtig" oder „wahr" anerkannt werden können (Ziff. 13).

11 Ein Modell einer solchen wissenschaftlichen Anleitung zu wertender Erkenntnis liefert die „kritische Theorie" in der Form, wie sie vor allem von Jürgen Habermas dargestellt worden ist (Ziff. 132):

12 Das Selbstverständnis der Menschen, das sich in den Erkenntnisquellen spiegelt, ist auf seine Bedingtheit durch die gesellschaftlichen Verhältnisse zu hinterfragen, insbesondere auf die Bedürfnisse des Überlebens und der Fortbildung der betreffenden Gesellschaft oder Gruppe. Dabei dient als legitimes Erkenntnisinteresse jenes an der Vernunft, d. h. der Befreiung von erlittener Unvernunft: Das emanzipatorische Interesse orientiert sich am Leitbild einer Gesellschaft freier, mündiger Menschen, die ihr Zusammenleben in herrschaftsfreier Verständigung ordnen. Aus dieser Sicht lassen sich hier und heute all jene Zwänge und jene Herrschaft rechtfertigen, die nach dem Entwicklungsstand einer Gesellschaft und dem Grad ihrer Herrschaft über die Natur zur Gewährleistung von Überleben und Fortbildung notwendig sind. Alle Zwänge und

Herrschaftsformen aber, die nicht durch den Stand der Herrschaft über die Natur bedingt sind, können als historisch überflüssig kritisiert werden. Konkrete Aussagen hierüber sind freilich nur handlungsorientierende Hypothesen; „richtig" sind sie dann, wenn die objektiven Bedingungen der Beseitigung einer Unfreiheit gegeben sind — „bewahrheiten" können sie sich aber nur, wenn die subjektiven Bedingungen sich erfüllen und die betroffenen Menschen die kritisierte Unfreiheit tatsächlich überwinden (Ziff. 132.5).

13 Die Aufnahme der Methode der kritischen Theorie in den rechtswissenschaftlichen Ansatz erlaubt, das „Entscheidungsinteresse" des Juristen möglichst rational unter Kontrolle zu bringen, den programmatischen Gehalt des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde anzudeuten und Kriterien für das Maß möglicher Verwirklichung von Menschenwürde anzugeben (Ziff. 141).

14 Im Anschluß an die kritische Theorie kann der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde als Auftrag an den Staat vorläufig umschrieben werden als *Gebot zur Wahrung und Mehrung von Gleichheit und Freiheit, als Auftrag zur Erziehung zur Mündigkeit und zur Verminderung von staatlichem und gesellschaftlichem Zwang* (Ziff. 142).

Zum zweiten Teil

Praxis und Lehre zur Menschenwürde

15 Nach der *Praxis des Bundesgerichts* kennzeichnet die *Menschenwürde* eine Wertordnung, die den Eigenwert des Individuums in der Gesellschaft hochhält (Ziff. 212).

16 Für das Verhältnis des einzelnen zum Staat bedeutet dies, daß die Behörden den Privaten nie zum bloßen Objekt herabwürdigen dürfen, sondern ihn stets als Subjekt, Person achten müssen. Im Verfahren hat der einzelne Anspruch auf Mitwirkung am Entscheid über sein Schicksal (Ziff. 213).

17 In seiner persönlichen Entfaltung hat der einzelne Anspruch auf ein Mindestmaß an körperlicher Bewegung und freier Betätigung, sowie an sozialem Kontakt. Seine Befähigung zur Vernunft, sein Glaube und seine Gefühlswelt sind zu achten, ebenso der Wert seiner Arbeit und sein Bedürfnis nach Teilnahme an menschlicher Gemeinschaft. Der freien Person gebührt der Vorrang über materielle Werte (Ziff. 213 und 215).

18 Die Menschenwürde selber stellt in der Praxis des Bundesgerichts nicht ein unmittelbar anwendbares Grundrecht der Verfassung dar.

Sie ist vielmehr ein Wert, ein Rechtsgut, dem als Schutznorm die persönliche Freiheit, die unverzichtbaren und unverjährbaren Rechte und das Verbot der formellen Rechtsverweigerung zugeordnet werden (Ziff. 214, 215 und 216).

19 In einem weiteren Sinne dienen dem Schutz dieser persönlichkeitsorientierten Wertordnung in der Praxis des Bundesgerichts auch allgemeine Grundsätze der Verfassung, wie etwa die Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts, der Grundsatz von Treu und Glauben oder die persönlichkeitsbezogene Grundrechtsinterpretation (Ziff. 217).

20 Bedeutsam für die Erfassung des gesamten Gehalts des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde ist die Wirkungsweise, die das Bundesgericht der persönlichen Freiheit als Schutznorm der Menschenwürde zuschreibt: „Die in diesem Sinne institutionell verstandene persönliche Freiheit gewährleistet somit als verfassungsrechtlicher Leitgrundsatz alle Freiheiten, welche elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung des Menschen darstellen; sie bietet auf diese Weise einen umfassenden Grundrechtsschutz, der sich auf den Inhalt und Umfang der übrigen verfassungsmäßig gewährleisteten Freiheitsrechte entscheidend auswirkt." — Damit entscheidet das grungdrechtstheoretische Konzept über den Gehalt der Menschenwürde im Recht:

21 Nach dem *Grundrechtsverständnis des Bundesgerichts* bezeichnen die Freiheitsrechte den historisch gewachsenen Schutz bestimmter, typischer Entfaltungsbereiche des Menschen vor staatlicher Macht (Ziff. 221.1).

22 Grundsätzlich begründen die Grundrechte als Abwehrrechte gegen staatliche Macht keine Leistungspflichten des Staates. Diese dogmatische Konzeption wird jedoch neuerdings immer häufiger durchbrochen (Ziff. 221.2 und 221.3).

23 Zur Verbesserung des Grundrechtsschutzes im modernen Staat dienen die Figuren des „Kerns" der Grundrechte und der „institutionellen" Deutung der Grundrechte. Auf diese Weise werden die Grundrechte zu materiellen Grundsätzen der gesamten Rechtsordnung (Ziff. 221.5).

24 Im Grundrechtsverständnis des Bundesgerichts zeichnet sich ein Wandel im Verhältnis der Grundrechte zueinander ab: Die einzelnen Rechte ergänzen sich gegenseitig in ihrer Schutzwirkung (Ziff. 222.1 und 222.2).

25 Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in ein Grundrecht prüft das Bundesgericht in heiklen Fällen auch, ob das

öffentliche Interesse überwiegt. Damit wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zum Ansatzpunkt einer umfassenden Abwägung der Verfassungsrechtsgüter bei der Konkretisierung der Grundrechte (Ziff. 222.3 und 222.4).

26 Das Verhältnis von Grundrecht und Verfassungsgrundsatz bleibt in der Praxis des Bundesgerichts ungeklärt. Die gleiche Bestimmung wirkt bald als Grundsatz, bald als Norm (Ziff. 223).

27 Im Verhältnis der Bürger untereinander spricht das Bundesgericht den Grundrechten keine unmittelbare Geltung zu. Sie binden jedoch die rechtsanwendenden Behörden und wirken dort, wo sie ihrem materiellen Gehalt nach Anwendung finden können, mittelbar als Auslegungsgrundsätze bei der Anwendung privatrechtlicher Normen (Ziff. 224).

28 Der materielle Grundrechtsschutz wird formell eingeschränkt durch das Fehlen der Verfassungsgerichtsbarkeit im Bund, die einschränkende Praxis des Bundesgerichts zur Legitimation (z. B. des Ausländers) zur staatsrechtlichen Beschwerde sowie die Beschränkung der Kognition in der Mehrzahl der Fälle (Ziff. 225).

29 Trotz gewisser fruchtbarer Ansätze erweist sich das skizzierte *Grundrechtsverständnis des Bundesgerichts als Hindernis* für die Festigung der eingeleiteten Rechtsprechung zur Menschenwürde (Ziff. 226 und 24). Diese ruft nach einer *angemesseneren Grundrechtstheorie und juristischen Methodik:*

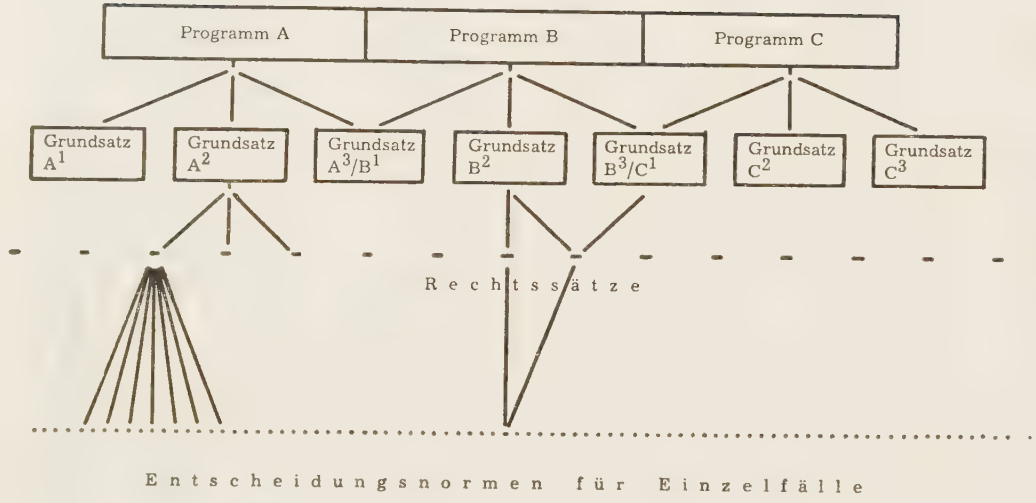
30 Die dreifache Bedeutung der Menschenwürde als Zielwert, Leitgrundsatz und subsidiärer Persönlichkeitsschutz erfordert ein differenziertes Grundrechtsverständnis, das jeder einzelnen Bedeutung ein angemessenes Wirkungsfeld eröffnet (Ziff. 231.1).

31 Diesen Anforderungen könnte eine Stufenlehre der Grundrechtsgehalte genüge tun, die für jedes Grundrecht zwischen Programm, Grundsatz und Individualnorm unterscheidet; um eine unfruchtbare Dogmatisierung des Problems zu vermeiden, ist jedoch hierauf zu verzichten (Ziff. 231.2):

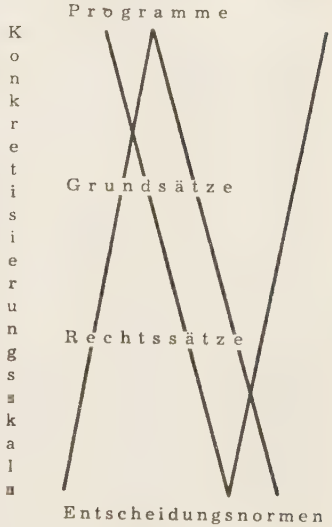
32 Die Grundrechte reichen von der deutlich abgrenzbaren Individualnorm bis zum offenen Programmsatz; im Mittelbereich ihrer Ausdehnung wirken sie als Richtlinien, Grundsätze und Gesichtspunkte für die Konkretisierung anderer Grundrechte (Ziff. 231.3).

33 Die Norm läßt sich überhaupt als Kontinuum normativer Gehalte mit unterschiedlichen *Konkretisierungsgraden* verstehen: Jeder Rechtssatz befindet sich gewissermaßen an einer — vom Gesetzgeber für richtig befundenen — Stelle auf einer *Konkretisierungsskala,* welche vom Programm über den Grundsatz und die gene-

Konkretisierungsgrade der Norm

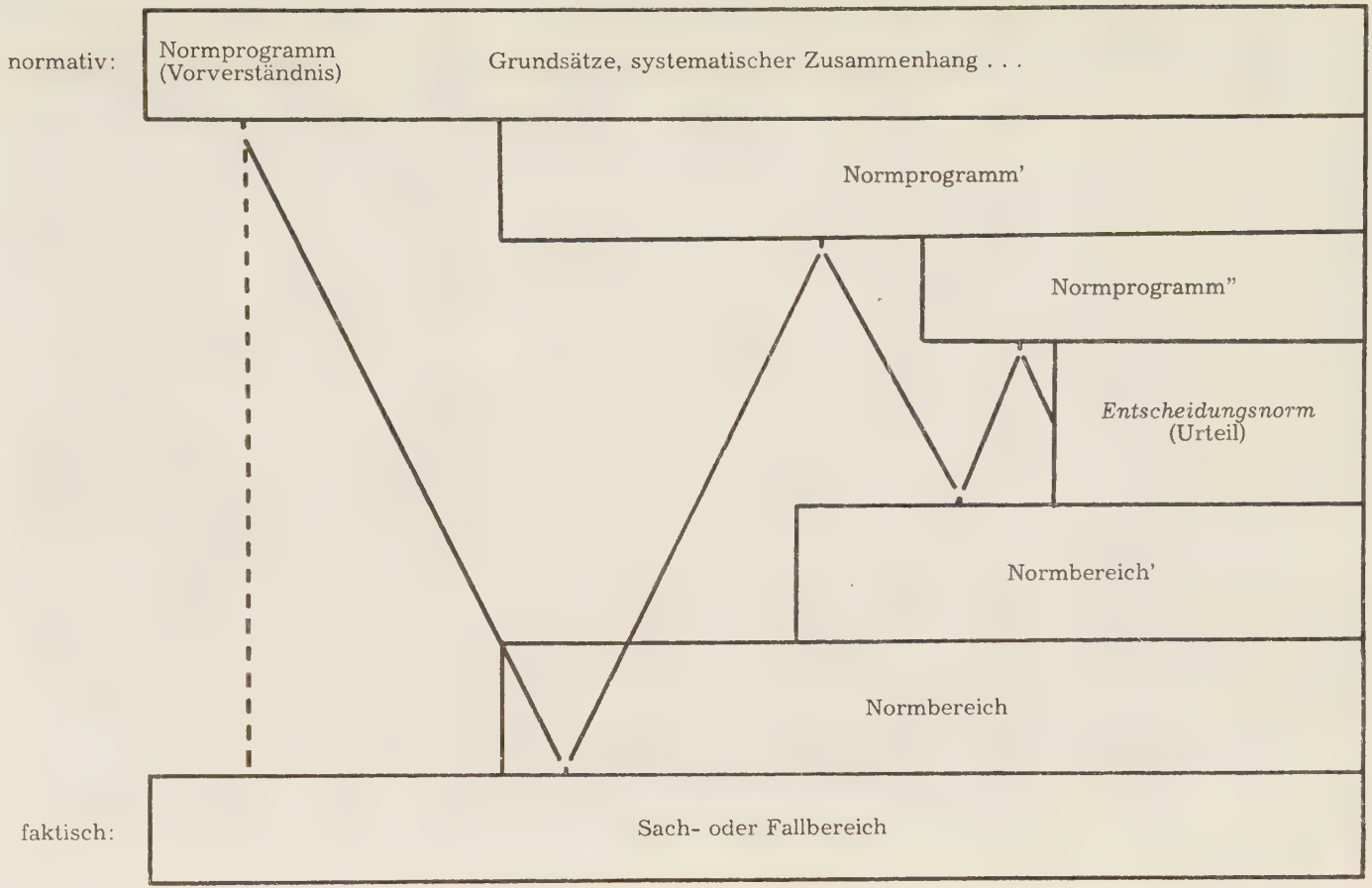


Unbestimmtheitsrelation



- Ein Programm strahlt auf mehrere Grundsätze, viele Rechtssätze und zahllose Entscheidungsnormen aus.
- Eine Entscheidungsnorm läßt sich meist mehreren Rechtssätzen zuordnen, die ihrerseits unterschiedlichen Grundsätzen gehorchen, welche wiederum verschiedenen Programmen entsprechen mögen.

Der Konkretisierungsprozeß



Zum zweiten Teil

relle Rechtsnorm bis zur kasuistischen Entscheidungsnorm reicht. Dabei gilt in der Regel folgende *„Unbestimmtheitsrelation“:*

34 Je tiefer auf der Konkretisierungsskala die Norm gefaßt worden ist, desto bestimmter ist ihr Entscheidungswert; um so unbestimmter ist aber ihre Ausrichtung auf ein grundsätzliches Programm.

35 Je höher die Norm gefaßt ist, desto bestimmter ist ihre grundsätzliche oder programmatische Aussage; um so unbestimmter ist dafür ihre Aussage über die im Einzelfall zu treffende Entscheidungsnorm (Ziff. 231.4).

36 Die Konkretisierung von Programmen, Grundsätzen und Individualrechtssätzen bedarf einer *juristischen Methodik,* wie sie z. B. F. Müller anbietet: Ausgangspunkt der Konkretisierung ist das Vorverständnis des im Normtext formulierten Normprogramms, aus dessen verbindlich auswählenden Perspektive die Elemente des Normbereichs aus den Sach- und Fallbereichen ausgewählt werden. Diese Elemente prägen ihrerseits als Grundstruktur der vom Normprogramm zu ordnenden Lebensverhältnisse den normativen Gehalt der Vorschrift (Ziff. 232).

37 Die Norm ist damit keine vorgegebene Größe, sondern eine normorientiert-sachbestimmte Richtlinie juristischer Entscheidung, die sich in ihrem Gehalt erst im Laufe der Konkretisierung im Einzelfall genau ermitteln läßt.

38 Dieses Grundrechts- und Methodenverständnis macht zahlreiche grundrechtstheoretische und dogmatische Konstruktionen überflüssig oder weist sie auf ihren Rang innerhalb des Konkretisierungsvorgangs zurück (Ziff. 233):

39 Die Beschränkung der Grundrechte auf die bloße Abwehr staatlicher Macht kann nicht von vorneherein feststehen; sie müßte sich im Einzelfall im Rahmen der Konkretisierung erweisen.

40 Die isolierende Betrachtung der einzelnen Grundrechte wird durch das Zusammenspiel der Verfassungsgrundsätze überwunden. Die Grundrechte treten zueinander in ein Verhältnis der Ergänzung.

41 Das Gebot der Verhältnismäßigkeit wird zum Grundsatz der umfassenden Rechtsgüterabwägung. Dabei sind das öffentliche und das Grundrechts-Interesse gleichermaßen auf ihre normativen Gehalte hin zu differenzieren: Sowohl öffentliche wie private Interessen sind jeweils auf die geltend gemachten Rechtsgüter zurückzuführen; diese lassen sich sodann auf der Ebene der relativ fallbestimmt-normativen Grundsätze miteinander vergleichen und gegeneinander abwägen (Ziff. 233.2).

42 Die Frage der Drittwirkung von Grundrechten braucht nicht mehr aus ihrem „Wesen" beantwortet zu werden: entscheidend ist einzig, ob sich ein Grundrecht im einzelnen Fall zur Entscheidungsnorm konkretisieren läßt oder ob es zumindest gewisse normative Gesichtspunkte für die Fallentscheidung abgeben kann (Ziff. 233.4).

43 Das Verhältnis von Grundrecht und Verfassungsgrundsatz klärt sich zwangslos aus dem unterschiedlichen Konkretisierungsgrad der verschiedenen Teilgehalte eines Grundrechts (Ziff. 233.5).

44 Institutionelles Rechtsdenken wird überflüssig; die sorgfältige Konkretisierung der Grundsatzgehalte der Grundrechte ergibt auf zuverlässigere Weise die geforderte Antwort unserer Rechtsordnung auf die veränderten gesellschaftlichen und sozialstaatlichen Verhältnisse (Ziff. 233.6).

45 Entbehrlich werden auch die Figuren des „Kerns" oder des „Wesensgehalts" eines Grundrechts; den geforderten zusätzlichen Grundrechtsschutz kann nur das Konkretisierungsverfahren leisten, das die Güterabwägung ebenso wie beim öffentlichen Interesse auch beim Grundrecht ansetzen kann, indem die übliche Frage einmal umgekehrt gestellt wird: Welche Beschränkung des öffentlichen Interesses verlangt das Grundrecht (Ziff. 233.7)?

46 Das skizzierte Grundrechts- und Methodenverständnis gestattet auch eine ganzheitliche Deutung der Menschenwürde in der Praxis des Bundesgerichts. *Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde beinhaltet danach die verfahrensrechtliche Garantie der Subjektqualität des Betroffenen, ein Mindestmaß persönlicher Entfaltungsfreiheit, Elemente eines öffentlichrechtlichen Persönlichkeitsschutzes und Kriterien eines Verbots von Machtmißbrauch; hinzu kommen andeutungsweise die Topoi der Autonomie des Individuums, der Kommunikation und der Transparenz der Verhältnisse, sowie die Bedeutung von Intimbereich, Lebensraum und Teilhabe an mitmenschlicher Gemeinschaft für den Menschen und der Vorrang der Person vor dem Sachwert, sodann aber auch der Grundsatz der persönlichkeitsbezogenen Grundrechtsinterpretation* (Ziff. 241.1).

47 Das Verhältnis der Menschenwürde zu den Einzelgrundrechten kann durchwegs als jenes von Verfassungsgrundsatz und Individualrechtsnorm verstanden werden: Die Menschenwürde bildet einen Grundsatzgehalt virtuell aller Grundrechte — bei der persönlichen Freiheit umfaßt sie beinahe den gesamten grundsätzlichen Gehalt, bei den qualifizierten Grundrechten deren wesentlichsten Aspekt und bei den übrigen bloß untergeordnete Teile ihres Grundgehalts (Ziff. 241.2).

48 Die Menschenwürde muß wegen ihres Grundsatzgehaltes und ihres erhöhten Unbestimmtheitsgrades in besonderem Maße offen sein, d. h. es sollte möglich sein, aus ihrem Normprogramm auch auf neue, veränderte Normbereiche eine normative Antwort zu entwickeln: Sie muß auch neue oder unterschätzte Gefahren in ihren Normbereich aufnehmen können (Ziff. 242).

49 Während das Bundesgericht diese Offenheit im Schutzbereich des Grundrechts der persönlichen Freiheit in hohem Maße gewährleistet, verschließt es sich einer Öffnung der Menschenwürde für den Schutzbereich von Artikel 4 BV. Die Menschenwürde bestimmt jedoch wesentlich den Gehalt des Verbots formeller wie materieller Willkür: auch letztere ist eine Verletzung der Person des Betroffenen. Sie verletzt den Rationalitätsanspruch des Bürgers. Ebenso liefert die Menschenwürde den Maßstab für die Rechtsgleichheit: diese wird zur Gleichheit in der Würde und zum Garant gleicher Entfaltungschancen (Ziff. 242).

50 Eine Gesamtbetrachtung zum Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz kann sich nicht damit begnügen, die Praxis des Bundesgerichts zu untersuchen. Das Gebot der Gewährleistung von Menschenwürde richtet sich ebenso an die politischen Bundesbehörden und wird von ihnen wesentlich mitbestimmt. Aus der *Praxis von Bundesrat und Bundesversammlung* ergeben sich folgende Gesichtspunkte (Ziff. 25):

51 Der Staatsauftrag zur Verwirklichung von Menschenwürde ist nach dieser Praxis darauf beschränkt, den Bürgern Hilfe zur Selbsthilfe zu leisten. Das Gemeinwesen hat nur die Voraussetzungen zu schaffen, unter denen menschliche Entfaltung möglich wird (Ziff. 251).

52 Menschliche Entfaltung setzt Wissen und damit Ausbildung voraus, sowie die Transparenz der Lebensbedingungen, damit der Mensch befähigt wird, an seinem Schicksal und jenem seiner Gesellschaft mitzuwirken (Ziff. 251 und 253.3).

53 Der Staat hat dafür zu sorgen, daß die Chancen dieser Entfaltung für alle möglichst gleich sind (Ziff. 252 und 253.6).

54 Chancengleichheit erfordert Solidarität: Einmal als Gewährleistung einer minimalen sozialen Menschenwürde, die jedem seinen Existenzbedarf sichert; dann aber auch als Teilhaberecht aller an den Errungenschaften der modernen Gesellschaft: Der Leistungsstaat hat die sozialen und wirtschaftlichen Ungleichheiten nach Möglichkeit abzubauen und Abhängigkeiten, die einer möglichen Entfaltung entgegenstehen, aufzuheben (Ziff. 253.3, 253.4 und 253.7).

55 Das Maß möglicher Verwirklichung von Menschenwürde hängt weitgehend ab vom Stand der wirtschaftlichen Leistungskraft und

von der Reife der politischen Strukturen. Unter dem Gesichtspunkt der Lebensqualität beginnt sich diese Abhängigkeit in ihr Gegenteil zu wenden: Die Erfordernisse der persönlichen Entfaltung aller bestimmen hier die Rahmenbedingungen der wirtschaftlichen und technischen Entwicklung (Ziff. 252 und 253.5).

56 *Die rechtswissenschaftliche Lehre* kann die Menschenwürde nicht in ein theoretisches Konzept einfangen, weil die Rechtsordnung Menschenwürde nicht gesamthaft, sondern nur bruchstückhaft zu gewährleisten hat (Ziff. 261).

57 Die Lehre liefert aber wertvolle Teilantworten zu Problemen der Verwirklichung von Menschenwürde im Recht. Es lassen sich vier Richtungen unterscheiden, in welche die Menschenwürde ihre Wirkung entfaltet; Ausgangspunkt ist dabei stets das Gebot, wonach der Mensch nie zum Objekt oder Mittel herabgewürdigt werden darf, sondern immer Subjekt, Person sein soll (Ziff. 265):

58 Als *Garantie der Subjektqualität* wirkt die Menschenwürde als Verfahrensprinzip, das vom Mitwirkungsrecht vor Gericht (Ziff. 265.2) über den Partizipationsanspruch in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft (Ziff. 265.3) bis zur Demokratie als Staats- und Lebensform reicht (Ziff. 265.4).

59 Als *Gewährleistung des Persönlichkeitsschutzes* führt die Würde vom Schutz des Intimbereiches (Ziff. 265.5) und der Freiheit von Angst bis zu Minimalgarantien materieller Menschenwürde (Ziff. 265.6) und zu Sozialverpflichtungen des Staates.

60 Als *Gewährleistung der gleichen Würde aller Menschen* verbietet Würde jede Willkür und fordert die Verwirklichung von Chancengleichheit und den Abbau von Herrschaft über Menschen (Ziff. 265.7).

61 Als *Programm einer menschenwürdigen Gesellschaft* ruft die Menschenwürde nach Humanisierung von Technik und Bürokratie, sowie nach Förderung der Lebensqualität (Ziff. 265.8).

Zum dritten Teil

Kritische Wertung von Praxis und Lehre zur Menschenwürde aufgrund ihres Programmgehalts

62 Das Leitbild der Menschenwürde ist im ersten Teil als das Gebot umschrieben worden, Gleichheit und Freiheit zu wahren und zu mehren, als Auftrag zur Erziehung zur Mündigkeit und zur Verminderung von staatlichem und gesellschaftlichem Zwang. Ele-

mente dieses Leitbildes finden sich in der heutigen Praxis verwirklicht; *zur Bestimmung des* heute darüber hinaus *möglichen Maßes von Menschenwürde* gilt es, die Widerstände ihrer Verwirklichung aufzuzeigen und dabei zu versuchen, *zwischen echten Grundinteressen und überflüssigen Zwängen zu unterscheiden* (Ziff. 32).

63 Eine sozialwissenschaftliche Ermittlung der legitimen Rahmenbedingungen für die Verwirklichung von Menschenwürde begegnet großen Schwierigkeiten; da diese Bedingungen aber notwendigerweise in den juristischen Abwägungsprozeß eingehen — sei es als rechtserhebliche Umstände, sei es als anerkannte Verfassungsrechtsgüter —, kann sich die Untersuchung auf die *rechtlich anerkannten Bedingungen* beschränken (Ziff. 321):

64 Die Durchsetzung der staatlichen Ordnung, insbesondere der Schutz der klassischen Polizeigüter und die Strafgewalt des Staates, erfordert tiefgreifende Einschränkungen der menschlichen Würde.

65 Gesellschaftspolitische Grundentscheidungen schaffen Spannungsverhältnisse zwischen der Menschenwürde und — beispielsweise — der Eigentumsordnung, der freien Wirtschaft und der öffentlichen Aufgabe der Presse.

66 Der Stand der wirtschaftlichen Entwicklung begrenzt die Möglichkeiten sozialer Menschenwürde; die Notwendigkeit der wissenschaftlichen und technischen Entwicklung führt zu produktionsbedingten Arbeitsverhältnissen und zu einem Mindestmaß technologischer Rationalität, dem die Menschenwürde als Partizipationsanspruch zu weichen hat.

67 Der Stand der politischen Reife setzt dem demokratischen Anspruch der Menschenwürde gewisse Grenzen, die sich in den Erfordernissen einer praktikablen politischen Organisation und eines schlüssigen Verfahrens sowie ihrer bürokratischen Abstützung äußern; die nationale Begrenzung der politischen, rechtlichen und gesellschaftlichen Ordnung beschränkt die Wirkungskraft der Menschenwürde und gefährdet ihren Bestand als Würde der Menschheit.

68 Der Stand der gesellschaftlichen Reife schließlich rechtfertigt bei relativer Unmündigkeit der Menschen das Fortdauern zahlreicher Herrschaftsstrukturen und bedingt ein gewisses Maß gesellschaftlichen und staatlichen Zwangs.

69 Diese Einschränkungen der Menschenwürde müssen jedoch verhältnismäßig sein; sonst schaffen sie *überflüssige Hindernisse* (Ziff. 322):

70 Als solches erweist sich jeder Machtmißbrauch, d. h. der Einsatz von Machtmitteln zur Durchsetzung von Interessen, die sich rechtlich nicht auf eine grundsätzliche Ebene heben lassen oder die auf dieser Ebene einer Güterabwägung offensichtlich nicht standhalten können. Dasselbe gilt für die bloße Ausnützung bestehender Machtgefälle, soweit sie einen ungerechtfertigten Widerstand gegen mögliche Chancenverbesserung darstellt.

71 Technokratie und Bürokratie sind auf jenen Bereich zu beschränken, der ihnen aus sachlichen und praktischen Gründen zusteht; dabei muß die ihnen eigene Form der Rationalität stets der Bewährung in der Diskussion der Betroffenen ausgesetzt werden.

72 Praktikabilitätsinteressen rechtfertigen sich nur aus dem übergeordneten Zweck, dem sie dienen. Allein vermögen sie auf grundsätzlicher Ebene entgegenstehende Güter nie zu überwiegen.

73 Ebensowenig läßt sich eine einschränkende Kompetenzausübung der Behörden bei der Grundrechtsverwirklichung oder eine dogmatische Restriktion der Grundrechtsgehalte rechtfertigen.

74 Anhand dieser Kriterien lassen sich eine Reihe von *Schwächen der heutigen Praxis zur Menschenwürde* aufzeigen (Ziff. 323):

75 Das *Bundesgericht* beschränkt den Gehalt des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde vor allem über ein einengendes Grundrechtsverständnis und über dogmatische Restriktionen. Dazu gehört auch das weitgehend formale Verständnis der Rechtsgleichheit und der Umstand, daß das Gericht die Menschenwürde nicht als soziales Grundrecht ausgestaltet und das Prinzip der Solidarität im Privatrecht nicht ausdrücklich der Privatautonomie zur Seite stellt. Daneben fällt ins Gewicht, daß das Bundesgericht aus allgemeiner Zurückhaltung dem Gesichtspunkt der Praktikabilität große Bedeutung zumißt.

76 In der Praxis der *politischen Bundesbehörden* werden zwar die meisten Teilgehalte der Menschenwürde als Grundsätze anerkannt, jedoch nicht konsequent angewendet. Dies gilt für die Grundsätze der Transparenz und der Partizipation, welche Ausbildung und Wissen voraussetzen, ferner für das Prinzip der Chancengleichheit, die Gleichheit in der Würde, die Solidarität und die Lebensqualität. Abgelehnt wird vom Bundesrat die Demokratisierung der Gesellschaft und damit jenes umfassende Demokratieverständnis, welches die Menschenwürde fordert. Das Recht auf persönliche Sicherheit und die Freiheit von Angst werden nur bruchstückhaft, nicht aber grundsätzlich anerkannt; damit erhält auch das Gebot der Humanisierung von Technik und Bürokratie nicht die Bedeutung,

welche ihm vom Standpunkt der Leitidee der Menschenwürde her zuzumessen ist.

77 Aus der Gegenüberstellung von Leitbild und anerkennenswerten Rahmenbedingungen lassen sich schließlich *Grundsätze zum heute möglichen Maß von Menschenwürde* entwickeln (Ziff. 332):

78 Der Subjektqualität des Menschen entspricht die *persönliche Freiheit als Selbstbestimmungs- und Teilnahmerecht.* Voraussetzung dafür ist eine rechtsstaatliche Ordnung, die dem einzelnen einen Anspruch auf gesetzliche Regelung seiner Rechtsstellung gewährt; ferner die umfassende Kompetenzausübung durch Gesetzgeber, Verwaltung und Richter; die Pflicht der Behörden zu umfassender Rechtsgüterabwägung sowie die grundsätzliche Unterordnung von Praktikabilitätsinteressen.

79 Die Selbstbestimmung erfordert im Konfliktsfall ein rechtsstaatliches Verfahren, das durch den Rationalitätsanspruch des Bürgers und die Pflicht der Behörden zur Wahrung von Fairneß und Takt gekennzeichnet ist.

80 Geistige Selbstbestimmung bedingt sodann ein Recht auf Information und auf Kommunikation.

81 *Die Selbstbestimmung ist der Grundgehalt der Menschenwürde als persönlicher Freiheit: Der Staat hat sie dem einzelnen zu seiner persönlichen Entfaltung zu gewähren und die Voraussetzungen ihrer Verwirklichung zu schaffen. Wo Selbstbestimmung nicht möglich ist, hat Mitbestimmung an ihre Stelle zu treten* (Ziff. 332.1).

82 Die *persönliche Sicherheit als öffentlich-rechtlicher Persönlichkeitsschutz* umfaßt die körperliche, geistige und soziale Integrität. Die geistige Integrität erfordert die Achtung von Bewußtsein, Wille und Gefühlswelt des einzelnen sowie die Freiheit des Gewissens und des Glaubens; der Schutz der sozialen Integrität reicht von der persönlichen Geheimsphäre und der Privatsphäre über die Freiheit von Angst bis zur Freiheit von Not und zum Recht auf Fürsorge.

83 Ein Recht auf Bildung ergibt sich sowohl aus der persönlichen Freiheit als Selbstbestimmungsrecht wie aus der persönlichen Sicherheit in ihrer ökonomischen und beruflichen Bedeutung.

84 *Menschenwürde als persönliche Sicherheit hat den Schutz der Persönlichkeit zum Grundgehalt: Das Gemeinwesen hat die Rechtsordnung auf den Schutz und die Entfaltung der Persönlichkeit auszurichten. Für die Behörden ergibt sich daraus der Grundsatz der persönlichkeitsorientierten Interpretation des Rechts* (Ziff. 332.2).

85 Die *Gleichheit in der Würde* macht aus dem Willkürverbot ein Persönlichkeitsrecht: Willkürlich ist jeder Akt, der über Interessen eines Menschen verfügt, ohne diesem die gebührende Achtung zu erweisen. Aus der Rechtsgleichheit macht sie ein Differenzierungsverbot in bezug auf elementare Gehalte der Würde; darüber hinaus liefert sie Kriterien angemessener Differenzierung.

86 *Grundgehalt der Gleichheit in der Würde ist die Solidarität; diese verpflichtet sowohl die Behörden gegenüber dem Bürger als auch die Privaten untereinander. Gleichheit begrenzt Freiheit dann, wenn diese zur Macht wird, die der Solidarität entbehrt* (Ziff. 332.3).

87 Das Programm einer menschenwürdigen Gesellschaft — die *„Würde der Gesellschaft"* — ruft nach offenen sozialen Strukturen und nach mündigen Menschen. Dabei ist Offenheit Bedingung der Entwicklung zur Mündigkeit, diese aber wiederum Voraussetzung für die Öffnung der Strukturen: Die beiden Teilgehalte bedingen sich gegenseitig.

88 Die Würde der Gesellschaft verlangt vom Gemeinwesen Anstrengungen zum Abbau der wachsenden Kulturlücke, zur Humanisierung von Technik und Bürokratie sowie zur Wahrung und Förderung der Lebensqualität.

89 *Leitbild der Würde der Gesellschaft ist die freie Gemeinschaft freier Menschen. Richtlinie ihrer Verwirklichung ist unter dem gegebenen Stand der Herrschaft über die Natur eine Umwertung der Entwicklungsziele, die der Qualität den Vorrang vor der Quantität verschafft, d. h. menschliche Wertung sachlicher Logik vorordnet* (Ziff. 332.4).

90 Aus diesen Grundsätzen lassen sich zahlreiche *Richtlinien für die Entscheidung im Einzelfall* entwickeln, welche der Praxis in Gesetzgebung und Rechtsprechung Anstoß zu vermehrter Verwirklichung von Menschenwürde zu geben vermögen (Ziff. 34).

Literaturverzeichnis

Aufgeführt sind jene Quellen, die mehrfach verwendet und daher nicht vollständig zitiert werden. Ist im Text nicht der ganze, sondern nur ein Teil des Titels wiedergegeben, so ist dieser im Verzeichnis durch Kursivschrift hervorgehoben.

Aubert, Jean-François: *Traité* de Droit Constitutionnel Suisse (2 Bde.) Neuchâtel 1976

Baschung, M. / *Stüdeli,* R.: Probleme des Rechtsschutzes im Planungsrecht, in: Wirtschaft und Recht 1971, S. 122 ff.

Bäumlin, Richard: Die rechtsstaatliche Demokratie, Diss. jur. Bern, Zürich 1954

— *Staat, Recht und Geschichte,* Eine Studie zum Wesen des geschichtlichen Rechts, entwickelt an den Grundproblemen von Verfassung und Verwaltung, Zürich 1961

Behrendt, Richard F.: Menschenwürde als Problem der sozialen Wirklichkeit, in: Die Würde des Menschen II., Untersuchungen zu Artikel 1 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland; Schriftenreihe der Niedersächsischen Landeszentrale für politische Bildung, Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit — 1 B, Hannover 1967

Dürig, Günter: Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, Archiv des öffentlichen Rechts Bd. 81 (1956) S. 117 ff.

— (Th. Maunz / G. Dürig / R. Herzog) Grundgesetz, *Kommentar* Bd. I Art. 1 (1958) München 1976

Einführung in die politische Wissenschaft, hrsg. v. Wolfgang Abendroth und Kurt Lenk, Bern 1968

Esser, Josef: *Grundsatz und Norm* in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956

Ehmke, Horst: *Prinzipien* der Verfassungsinterpretation, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 20, Berlin 1963, S. 53 ff.

Fleiner, Thomas: *Recht und Gerechtigkeit,* Eine Einführung in rechtliche und staatsphilosophische Grundfragen, Zürich 1975

Frey, Urs: Das Verhältnis der Handels- und Gewerbefreiheit zu den anderen Freiheitsrechten, Diss. Zürich, Winterthur 1965

Friesenhahn, Ernst: Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, Festvortrag der Verhandlungen des fünfzigsten deutschen Juristentages in Hamburg 1974, Bd. II, München 1974, S. G 1 ff.

Giacometti, Zaccaria: (= F. Fleiner / Z. Giacometti) Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, Neudruck 1969

Giacometti, Zaccaria: Die *Freiheitsrechtskataloge* als Kodifikation der Freiheit, in: ZSR NF 74 (1955) 1. HbBd., S. 149 ff.

Giese, Bernhard: *Das Würde-Konzept*, Eine normfunktionale Explikation des Begriffes Würde in Art. 1 Abs. 1 GG, Schriften zur Rechtstheorie Heft 45, Berlin 1975

Grisel, André: *La Liberté Personnelle* et les Limites du Pouvoir Judiciaire, Revue Internationale de Droit Comparé 1975, S. 549 ff.

— *Droit public non écrit:* Droits constitutionnels, principes constitutionnels, règles générales, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel und Stuttgart 1972, S. 139 ff.

Gygi, Fritz: Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, ZSR 89 II (1970) S. 265 ff.

Häberle, Peter: Die *Wesensgehaltgarantie* des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 2. ergänzte A., Freiburger rechts- und staatswissenschaftliche Abhandlungen 21, Karlsruhe 1972

— Grundrechte im Leistungsstaat, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 30 (1972) S. 43 ff.

Habermas, Jürgen: Theorie und Praxis, 3. A. Neuwied und Berlin 1969

— *Technik* und Wissenschaft als „Ideologie" 4. Auflage, Frankfurt a. M. 1970

— *Erkenntnis* und Interesse, Frankfurt a. M. 1968

— *Zur Logik* der Sozialwissenschaften, Frankfurt a. M. 1970

— Analytische Wissenschaftstheorie und Dialektik, in: Theodor W. Adorno u. a., Der *Positivismusstreit* in der deutschen Soziologie, Neuwied und Berlin 1972, S. 155 ff.

— Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, Frankfurt a. M. 1973

Heller, Hermann: Staatslehre 4. A., Leiden 1970

Hesse, Konrad: Der *Gleichheitsgrundsatz* im Staatsrecht, Archiv des öffentlichen Rechts Bd. 77, Tübingen 1951/52, S. 167 ff.

— Die normative Kraft der Verfassung, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart H. 222, Tübingen 1959

— *Grundzüge* des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Karlsruhe 1967

Hinderling, Hans G.: Rechtsnorm und Verstehen, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 407, Bern 1971

Hippel, Eike von: Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, Berlin 1965

Huber, Hans: Die Verfassungsbeschwerde, Karlsruhe 1954

— Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, in: Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht, Berner Festgabe für den schweizerischen Juristenverein, ZbJV 91 bis, Bern 1955, S. 95 ff.

— Der Schutz der Staatsbürgerrechte des Arbeitnehmers, ZSR NF 82, 1963 I S. 131 ff.

— Die Grundrechte in der Schweiz, in: Die Grundrechte hrsg. von Bettermann / Neumann / Nipperdey, Band I/1, Berlin 1966, S. 177 ff.

— Das Menschenbild des Rechts, vgl. H. Huber, Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, S. 76 ff.

Huber, Hans: Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen: vgl. H. Huber, Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, S. 139 ff.

— Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Ausgewählte Aufsätze 1950 - 1970 hrsg. von Kurt Eichenberger, Richard Bäumlin, Jörg P. Müller, Bern 1971

— Über die Konkretisierung der Grundrechte, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, hrsg. v. P. Saladin und L. Wildhaber, Basel und Stuttgart 1972, S. 191 ff.

— *Die persönliche Freiheit,* Eine Kritik der neuen Auffassung des Bundesgerichts, SJZ 69 (1973) S. 113 ff.

Hug, Gustav: Persönliche Freiheit und besondere Gewaltverhältnisse, Diss. jur. Zürich 1976

Imboden, Max: *Die Staatsformen,* Versuch einer psychologischen Deutung staatsrechtlicher Dogmen, Basel 1959

— Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung Bd. II 3. A., Basel 1969

Jacobs, Francis G.: The European Convention on Human Rights, Oxford 1975

Kägi, Werner: *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates,* Untersuchungen über Entwicklungstendenzen im modernen Verfassungsrecht, Zürich 1945, Neudruck 1971

— Persönliche Freiheit, Demokratie und Föderalismus, in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, S. 53 ff.

— *Rechtsfragen der Volksinitiative* auf Partialrevision, ZSR Bd. 75/2, S. 739 a ff.

— *Die Menschenrechte* und ihre Verwirklichung. Unsere Aufgabe und Mitverantwortung, Aarau 1968

Klein, Friedrich: (H. v. Mangoldt / F. Klein) Das Bonner Grundgesetz 2. A. Bd. I, Berlin und Frankfurt 1957

Krüger, Herbert: Der Verfassungsgrundsatz, in: Festschrift für Ernst Forsthoff, München 1972, S. 187 ff.

Lerche, Peter: *Übermaß und Verfassungsrecht,* zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, Köln 1961, S. 61 ff.

Lüchinger, Hans G.: Die Auslegung der Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 1954

Luhmann, Niklas: *Grundrechte als Institution,* Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Schriften zum öffentlichen Recht Bd. 24, Berlin 1965

Macheret, Augustin: *La qualité pour recourir:* clef de la juridiction constitutionnelle et administrative du Tribunal fédéral, in: Die bundesgerichtlichen Rechtsmittelverfahren, Hundert Jahre Bundesgericht 1875 - 1975 ZSR NF Bd. 94 (1975) II. Hbbd. H. 1 S. 131 ff.

Maihofer, Werner: Rechtsstaat und menschliche Würde, Frankfurt a. M. 1968

Mangoldt, H. v. / *Klein,* F.: s. F. Klein

Maunz, Th. / *Dürig,* G. / *Herzog,* R.: s. G. Dürig

Meyer, Markus: *Der Schutz der persönlichen Freiheit im rechtsstaatlichen Strafprozeß.* Eine verfassungsrechtliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des aargauischen Rechtes, Diss. jur. Zürich, Aarau 1962

Moser, Hans Peter: Die Rechtsstellung des Ausländers in der Schweiz, ZSR NF Bd. 86 II (1967) S. 325 ff.

Müller, Friedrich: Juristische Methodik, Berlin 1971

Müller, Jörg Paul: *Die Grundrechte der Verfassung* und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Abhandlungen zum schweizerischen Recht 360, Bern 1964

— *Recht auf Leben,* Persönliche Freiheit und das Problem der Organtransplantation ZSR NF 90 (1971) I 457 ff.

— *Soziale Grundrechte* in der Verfassung? Referate und Mitteilungen des schweizerischen Juristenvereins, 107. Jg. Heft 4, Basel 1973

— Die *Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention* in der Schweiz, in: Die Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Anwendung in der Schweiz, ZSR NF Bd. 94 (1975) I S. 373 ff.

Naucke, Wolfgang / *Trappe,* Paul (Hrsg.): Rechtssoziologie und Rechtspraxis, Sammlung Luchterhand 8, Neuwied und Berlin 1970

Nef, Hans: Die Wertordnung der Schweizerischen Bundesverfassung, in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber, Bern 1961, S. 190 ff.

Nipperdey, Hans: Die Würde des Menschen, in: Die Grundrechte, hrsg. v. F. Neumann, H. Nipperdey und U. Scheuner Bd. II, Berlin 1954, S. 1 ff.

— Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: Die Grundrechte, hrsg. v. K. Bettermann, F. Neumann, H. Nipperdey Bd. IV/2, Berlin 1962, S. 741 ff.

Oberhänsli, Hans: Die Gewährleistung der Freiheitsrechte, Diss. jur. Zürich 1971

Perelman, Chaim: Über die Gerechtigkeit, München 1967

Pilot, Harald: Jürgen Habermas' empirisch falsifizierbare Geschichtsphilosophie, in: Theodor W. Adorno u. a., Der *Positivismusstreit* in der deutschen Soziologie, Neuwied und Berlin 1972, S. 307 ff.

Ramser, Urs: *Das Bild des Menschen im neuern Staatsrecht* (Die Antinomie des Westens und des Ostens), Diss. jur. Zürich, Winterthur 1958

Rhinow, René A.: *Der Grundrechtskatalog* als Problem des Verfassungsrechts, ZBl 70 (1969) S. 225 ff.

Rottleuthner, Hubert: Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, Texte zur politischen Theorie und Praxis, Frankfurt a. M. 1973

Saladin, Peter: Die *Funktion der Grundrechte* in einer revidierten Verfassung, ZSR NF 87 (1968) I S. 531 ff.

— Grundrechte im Wandel, Bern 1970 (2. A. 1975)

— Wachstumsbegrenzung als Staatsaufgabe, in: Festschrift für Ulrich Scheuner, Berlin 1973, S. 541 ff.

— *Das Verfassungsprinzip der Fairness,* Die aus dem Gleichheitsprinzip abgeleiteten Verfassungsgrundsätze, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Fest-

gabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S. 41 ff.

Schaumann, Wilfried: *Der Auftrag des Gesetzgebers* zur Verwirklichung der Freiheitsrechte, Juristen-Zeitung 1970, S. 48 ff.

Scheuner, Ulrich: Pressefreiheit, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 22, 1965 S. 1 ff.

— Die *Funktion der Grundrechte* im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit, in: Die öffentliche Verwaltung 24. Jahrgang 1971, S. 505 ff.

Schilling, Rudolf: *Die Demokratie der Teilnahme,* Ein politisches Kochbuch, Zürich 1973

Schindler, Dietrich: *Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention* für die Schweiz, in: Die Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Anwendung in der Schweiz, ZSR NF Bd. 94 (1975) I S. 357 ff.

Schneider, Peter: In dubio pro libertate, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960 Bd. II, Karlsruhe 1960, S. 263 ff.

— Prinzipien der Verfassungsinterpretation, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 20 (1963) S. 1 ff.

Scholler, Heinrich: Die Freiheit des Gewissens, Berlin 1958

Schubarth, Martin: *Die Artikel 5 und 6 der Konvention,* insbesondere im Hinblick auf das schweizerische Strafprozeßrecht, in: Die Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Anwendung in der Schweiz, ZSR NF Bd. 94 (1975) I S. 465 ff.

Seiffert, Helmut: Einführung in die Wissenschaftstheorie Bd. 2 2. A., München 1971

Smend, Rudolf: Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: Staatsrechtliche Abhandlungen, Berlin 1955, S. 119 ff.

Theunissen, Michael: Gesellschaft und Geschichte. Zur Kritik der kritischen Theorie, Berlin 1969

Tinner, Rolf: Das rechtliche Gehör, ZSR NF 83 (1964) II S. 295 ff.

Trechsel, Stefan: Die europäische *Menschenrechtskonvention,* ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozeßrechte, Bern 1974

Trockel, Horst: Menschenwürde und medizinisch-biologische Forschung, Neue Juristische Wochenschrift 24 (1971) S. 217 ff.

Usteri, Martin: Theorie der Verwaltung in Formen des Privatrechts, Roma 1964

Viehweg, Theodor: *Topik und Jurisprudenz,* Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung 3. A., München 1965

Wahlen, Friedrich T.: Hochkonjunktur und Menschenwürde, Kultur- und staatswissenschaftliche Schriften H. 96, Zürich 1956

Wellmer, Albrecht: *Kritische Gesellschaftstheorie* und Positivismus, Frankfurt a. M. 1969

Wespi, Kaspar: Die Drittwirkung der Freiheitsrechte, Diss. jur. Zürich 1968

Wildhaber, Luzius: Soziale Grundrechte, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, hrsg. v. P. Saladin und L. Wildhaber, Basel 1972

— *Die materiellen Rechte der Konvention* mit Ausnahme der Artikel 5 und 6, in: Die Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Anwendung in der Schweiz, ZSR NF Bd. 94 (1975) I S. 511 ff.

Willke, Helmut: Stand und Kritik der neueren *Grundrechtstheorie,* Schritte zu einer normativen Systemtheorie, Schriften zum öffentlichen Recht Bd. 265, Berlin 1975

Sachregister

Das Register enthält nur die wichtigsten Stichwörter und Fundstellen im Text. Die Kursivzahlen verweisen auf Hauptfundstellen.

Abbau
— sozialer Gefälle 205, 207
— von Macht und Herrschaft 178, 199 f., 235, 251
Abhängigkeitsverhältnisse 250, 265, 286
Achtung der Person 83 f., 129, 177
Anstalt 89 ff., 180
Arbeitsrecht 196 ff., 265
Armenrecht 79 f., 180, 251
Arztwahl, freie 70, 269
Ausländerpolitik 203 ff.
Auslegung, verfassungskonforme 114, *118 ff., 155 ff.*

Begründungspflicht 279, 290, 303 f.
Besuchsrecht 67 f., 297
Beugehaft 94, 153
Bewegungsfreiheit 68, 73, 280
Beweisverbot 237
Boykott 84, 116, 198
Bürokratie 235, 245, 253, 266, 268 f., 273, 288, 295

Chancengleichheit 178, 189, 203, 207, 226, 235, *251 f.*, 273, 286

Demokratie 235, 239, *242 f.*
Demokratisierung 198, 272, 281
Demonstrationsfreiheit 87, 109
Dialektik 30 f.
Diskriminierungsverbot 191, 213 f., 293
Dogmatik 175, 269 f.
Drittwirkung *114 ff., 155 ff.*

Eigentumsgarantie 87, 98, 100 f.
Entfaltung, persönliche 67, 86, 170, 207
Entscheidungsinteresse 39, 57
Entscheidungsnorm 144, 147
Entscheidungsprozeß, juristischer 25 ff.
Entwicklungshilfe 205 ff.
Erkenntnis 18, 38
Erkenntnisinteresse 39, 44 ff., 294 f.
— emanzipatorisches 45
Existenzbedarf 181, 200 f., 207, 226

Fairneß *230 ff.*, 236 f., 239, 263, 279, 290 f., 301 f.
Folter 224, 235 ff.
Freiheit 45, 47 ff., *63*, 176, 190, 233, 243
— von Angst 235, 244 f., 273, 283, 292 f., 299
— von Not 283, 293
— persönliche 65, 67, *73 ff.*, 76, 87, *93 ff.*, 101 ff., 184, *277 ff.*
Fremdverantwortung 231, 236

Geheimsphäre 194 f., 225, 235 f., 244 f., 282 f., 292
Gehör, rechtliches 66, 77, 115 f., 127, 224, 238 f., 279, 299 f.
Gerechtigkeit 77, 80, 128
Gesellschaftstheorie 41
Gesetzgeber 166, 189, 234, 252, 289 ff.
Gesetzgebung 143, *289 ff.*
— verfassungskonforme 120 f., 159 f.
Gesetzgebungskompetenz mit Grundrechtsgehalt 192, 247 f.
Glaubens- und Gewissensfreiheit 76, 89, 244
Gleichheit 47 ff., *63*
— in der Würde 235, 250 ff., 273, *284 ff.*, 293
Grundgesetz 221 ff.
Grundlage, gesetzliche 92 ff., 130 f.
Grundrechte (Freiheitsrechte) 105 ff., 152
— als
— — Abwehrrechte 87 f., 97, 133, 151
— — Bestandesgarantie 89, 92 ff.
— — Individualrechtsnorm 138 ff., 142
— — Institutionen 96, 133, 139 ff., 163 ff.
— — Institutsgarantie 89, 92, 95 ff.
— — Ordnungsprinzipien 97
— — Prinzipien der Rechtsfindung 121 f.
— Grundsatzgehalt 111, 138 ff., 142
— Programmgehalt 103, 138 ff., 142
— soziale 220, 265
— ungeschriebene 87, 102
— Verhältnis zueinander *98 ff.*, 133, 153 f.

— — ganzheitliche Betrachtungsweise 100 ff.
— — isolierende Betrachtungsweise 98 ff.
Grundrechtsinteresse 111
Grundrechtsinterpretation, persönlichkeitsbezogene 84
Grundrechtsschutz 86 ff.
— Verfeinerung 103
— Einschränkung 125
Grundrechtstheorie *136 ff.*, 145, 150 ff.
Grundrechtsverständnis
— des schweizerischen Bundesgerichts 85 ff., 257 ff.
— des schweizerischen Bundesrates 188 ff.
Grundsätze 152, 257, 277 ff.
Grundsatz und Norm 111 ff., 133, 160 ff.
Gutachten 236

Handels- und Gewerbefreiheit 90, 98, 100 f., 106, 264
Hermeneutik 20 f., *24 ff.*, 27
Herrschaft, überflüssige 51 ff., 61, 268 f.
hypothetische Natur
— der kritischen Theorie 42 f.
— des juristischen Urteils 58 f.

Individualrechtsnorm 104, 172
Integrität
— geistige 72, 282
— körperliche 73, 282
— soziale 282 f., 297
Interesse 36 f., 45 f., 295
— öffentliches 92 ff., *105 ff.*, 130 ff., 134, *152*, 168, 182, 190
Interpretation, systematische 165
Iurist 34 ff., 57
Iustiziabilität 144, 183, 234, 248 f., 251

Kindesrecht 194
Kognition 124, *130 ff.*, 134, 304 f.
Kommunikation 47 ff., 68, 231 f., 267
Kompetenzeinschränkung 269, 289 f., 304
Konflikt 31 ff., 37
Konkordanz 153 f.
Konkretisierung 57 f., 142 ff., 146 ff., 161, 234
— systematische 153 f.
Körperstrafe 76
Kriminalpolitik 237, 263
Kulturlücke 185, 288, 295
Kultusfreiheit 76

Lebensqualität 187, 202 f., 208, 235, *254*, 267, 274, 288, 296
Legitimation 124 ff.
— des Ausländers zur staatsrechtlichen Beschwerde 126 ff., 179 f., 188 f.
Leistungspflichten des Staates *88 ff.*, 133, 151 f., 190
Leistungsstaat 189 f., 193
Leitgrundsatz der Menschenwürde 74, 113, 136
Lügendetektor 225, 237

Machtmißbrauch 177 f., 198 ff., 220, 268, 286, 294
Meinungsfreiheit 87, 90, 100, 102, 106, 109
Menschenbild 17, 61, 62, 76
Menschenrechtskonvention, europäische 208 ff.
Menschenwürde 63, 172
— als Individualrechtsnorm 136 ff., 263 f.
— als Verfahrensgrundnorm 231, 237 f.
— Gehalt 66, *172*, 257 ff.
— Grundsatzgehalte 7, 136 ff., 171, 173, 264 ff., *277 ff.*
— Leitsatz 56 ff., 275
— Maß der Verwirklichung 38, 61, *261 ff.*, 267, 270 ff., *275 ff.*
— Normbereich 111
— Programmgehalt 7, *17 ff.*, 59 ff., *63*, 66, 136 ff., 169, 183 f., 261, 276 f.
— und Demokratie 218 f.
— und Rechtsgleichheit *77 f.*, 176, 180, 222, 228 f.
Methode, juristische *24 ff.*, 56 ff., 136, *146 ff.*, 175
Mieterschutz 198 ff.
Mindestmaß
— an Freiheit in Gefängnissen 67 ff.
— an materieller Gleichheit 79
Minimalanspruch 7
— garantie 234 f.
Mitbestimmung 196 ff., 241 f., 272, 279, 281
Mitwirkungsrechte 235
Mündigkeit 45, *46 ff.*, 54, *63*, 243, 256, 266 f., 287
Muttergrundrecht 174 f.

Narkoanalyse 225, 237
Niederlassungsfreiheit 76
Norm 58, *146 ff.*
— als Kontinuum 143
— als Richtlinie der Entscheidung 147, 158 f.
— als sachbestimmt-normative Richtlinie 147, 159, 165
— Unbestimmtheitsrelation 143 f.
Normbereich 86, 143, 146 ff.
Normprogramm 143 f., 146 ff.

Objekt, Erniedrigung zum 66, 77, 170, 221, 224, 235, 240 f., 251, 253, 258
Ombudsmann 241, 272

Partizipation 186 f., 196, 235, *239 ff.*, 242 f., 253 ff., 265, 272, 300 f.
Personalität 226 ff.
Persönlichkeit 81 ff.
Persönlichkeitsrecht 116 f., 118, 226
Persönlichkeitsschutz, öffentlich-rechtlicher 71, 110, 170, 176 ff., 179, 182, 184, 193 ff., 235, 243 ff., 254 f., 270, 273, *281 ff.*, 299
Planung 240, 272
Polizeiklausel, allgemeine 93, 263
Praktikabilitätsinteressen 263 f., 269 f., 290, 295 f.
Pressefreiheit 106, 118, 264
Privatsphäre 225, 244, 283, 292 f.
Prüfungsbefugnis 123 ff.
— vgl. unter Kognition

Radio und Fernsehen 192
Rationalitätsanspruch 279, 290 f., 303 f.
Recht
— als Friedensordnung 31 ff.
— als Verfahren 30 ff.
— auf
— — Arbeit 249 f.
— — Bildung 189, 191, 212, 244, 248 f., 283 f., 293
— — Ehe 76
— — Fürsorge 225, 244, 248 f., 271, 283, 299
— — Information 240, 280, 291, 297
— — Kommunikation 291, 297 f.
— — Korrespondenz 67, 297
— — Leben 96 f., 245
— — Wohnung 249
Rechte
— politische 100, 152
— unverzichtbare und unverjährbare 75 ff., 102
Rechtsgleichheit (Art. 4 BV) *77 ff.*, 80, 88 f., 101 f., 113, 120, 128, 132, *178*, 249, *250 ff.*, 259, 271, *284 ff.*, 305 f.
Rechtsgüterabwägung 97, *106 ff.*, 134, 152, 164 f., 268, 277, 290, 305
Rechtslehre 214 ff., 260 f.
Rechtsmißbrauch 117, 306
Rechtsmittelbelehrung 179, 301 f.
Rechtspolitik 7, 20 f.
Rechtsverweigerung, formelle 78, 128
Richtigkeit und Wahrheit 42 f., 45, 56, 58 f.
Richtlinien 257, *288 ff.*, *296 ff.*
— der Regierungspolitik 183 ff.

Schuld 238
Schuldverhaft 76
Schutzrecht 233 f., 244
Schutzrichtung 234
Schwangerschaftsabbruch 245 f.
Selbstbestimmung 241, 254, 266, *277 ff.*, 281, 289 ff., 296
Selbstdarstellung 230 ff., 236
Selbsthilfe 206 f.
Sicherheit 211, 219, 243, 273, *281 ff.*, 284, 292 f., 298 f.
Solidarität 200 ff., 205 ff., 226 ff., 228, 252, 254, 265, 272, 273, *284 ff.*, 293 f., 306
Sozialrecht 191 f., 244, 246 ff.
Sozialstaat 246 f.
Sozialversicherung 200 ff.
Sprachenfreiheit 87, 110, 182, 298
Staat 17, 62, 87, 88 ff., 181, 184 ff., 276
Sterbehilfe 245 f.
Strafe 263
Strafprozeß 235 ff., 263
Straße, öffentliche 90, 152
Stufenlehre 138 ff.
Subjektqualität 66, 176, 196, 235, 238, 242 f., 251, 253, 258, 276

Takt 232, 239, 263, 279, 290 f., 301
Technik 235, 245, 252, 265, 273, 288, 295
Technokratie 253, 268 f.
Teilhabe 207, 250, 284
Teilnahmerecht 277 ff., 281, 291 f., 298
Theorie, kritische 39 ff.
— hypothetische Natur 42 ff., 56
Transparenz 196 f., 207, 240, 272, 280, 291
Transplantation 244
Treu und Glauben 83, 113, 170

Umweltschutz 201 f.

Vererbungslenkung 244
Verfahren 28, 170, 236, 238, 279, 290 f.
Verfahrensherrschaft 231, 238 f., 263
Verfassungsgerichtsbarkeit 124, 134
Verfassungsgrundsatz 65, 81, *111 ff.*, 160 ff.
Verhältnismäßigkeit 80, 92 ff., *104 ff.*, 113, 130 ff., 134, 152, 268
Versammlungsfreiheit 87, 90, 100, 109
Verteidigung, amtliche 300
Vorverständnis 25 ff., 53 f., 156 f.

Waffengleichheit 212, 251, 279
Wahrheitssera 225, 237
Wertordnung 66, 103
Wesensgehaltgarantie 166 ff.
Wesenskern *95 ff.*, 133, 166 ff., 233
Willkür 80, 131

— formelle und materielle 127 ff., 270, 302 f.
Willkürbeschwerde 302
Willkürverbot 80, 128 f., 176 f., 235, 248, 250 f., *285*, 299 f.
Wissen, handlungsorientierendes 37 ff.
Wissenschaft, handlungsorientierende 23 f.
Wissenschaftstheorie 22 ff.
Würde-Begriff 215 ff.
Würde der Gesellschaft 252 ff., *287 f.*, 294

Zwang 63, 267